

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

ÉTUDE SUR LA RÈGLE
ERROR COMMUNIS FACIT JUS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Vendredi 22 mars 1912, à 4 h. 1/2

PAR

Alexandre-C. ALGIU

Président : M. A. COLIN, professeur
Suffragants { *MM. MEYNIAL, professeur*
 { *WEISS, professeur*

PARIS

IMPRIMERIE ET LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE JURISPRUDENCE
MARCHAL & BILLARD

MARCHAL & GODDE, Successeurs

ÉDITEURS, LIBRAIRES DE LA COUR DE CASSATION
27, Place Dauphine (1^{er})

—
1912

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

ÉTUDE SUR LA RÈGLE
ERROR COMMUNIS FACIT JUS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Vendredi 22 mars 1912, à 4 h. 1/2

PAR

Alexandre-C. ALGIU

Président : M. A. COLIN, professeur

Suffragants { *MM. MEYNIAL, professeur*
WEISS, professeur



PARIS

IMPRIMERIE ET LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE JURISPRUDENCE
MARCHAL & BILLARD

MARCHAL & GODDE, Successeurs

ÉDITEURS, LIBRAIRES DE LA COUR DE CASSATION
27, Place Dauphine (1^{er})

—
1912

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

ÉTUDE SUR LA RÈGLE ERROR COMMUNIS FACIT JUS

INTRODUCTION

Les adages sont à la science du droit ce que sont les proverbes à la vie courante : l'expression de la sagesse.

Parfois ils ont un parfum d'archaïsme et ils paraissent quelque peu ridicules dans leur forme surannée. Tel n'est pas le cas de la maxime *Error communis facit jus* qui, bien que très ancienne, non seulement n'a pas vieilli, mais se présente à nous en plein renouveau d'actualité grâce à la jurisprudence récente.

Une situation de fait, non conforme au droit, mais qui peut invoquer en sa faveur l'erreur commune, et, par conséquent, la bonne foi, a la même valeur que le droit lui-même. Telle est la règle importante qui se trouve condensée dans la formule proverbiale parmi les jurisconsultes : l'erreur commune fait le droit.

Il peut arriver qu'un acte ait été dressé par un officier public dans des conditions irrégulières ; qu'un contrat ait été passé avec un incapable sans que les formalités requises pour leur protection aient été remplies ; qu'un propriétaire apparent, c'est-à-dire un individu passant dans le milieu où il vit pour être propriétaire, ait consenti sur les biens par lui possédés des aliénations totales ou partielles. Les tiers qui ont comparu devant l'officier public, qui ont contracté avec les incapables, qui ont acquis du propriétaire apparent ont pu croire, très vraisemblablement et sous l'empire d'une erreur humainement invincible, que l'acte a été régulièrement dressé, que l'incapable était maître de ses droits, que le propriétaire apparent était bien le véritable propriétaire. Ces tiers ont été trompés par la situation apparente qu'ils ont vue ; ils n'ont à se reprocher aucune négligence d'information. Rigoureusement, les actes qu'ils ont passés sur la foi de ces apparences devraient être annulés. L'effet de la règle *Error communis* sera de faire écarter cette nullité. Les avantages acquis par les tiers de bonne foi dans ces circonstances seront maintenus et prendront la valeur du droit.

L'énoncé même de cette règle ne suffit-il pas à en montrer l'équité ? Le droit n'est pas une science de pure déduction. Il a pour objet la vie des hommes en société. Or, la maxime dont nous parlons tend mani-

festement à assurer la sécurité dans les transactions entre particuliers.

Mais toute règle de droit n'acquiert sa précision et ne montre sa valeur réelle que par ses applications.

Nous avons pensé qu'il serait intéressant de suivre le développement de la règle *Error communis* depuis ses origines romaines jusqu'à la jurisprudence contemporaine, puis de marquer sa place dans l'ensemble des principes juridiques.

D'autres ont été tentés déjà par ce travail. La thèse que M. Loniewski a soutenue à Aix en 1905 sous ce titre : *Essai sur le rôle actuel de la maxime : Error communis facit jus*. Mais la date de cet ouvrage explique qu'il ne fasse pas mention des applications jurisprudentielles les plus récentes de l'adage en question. Un article de M. Valabrègue, paru dans *la Revue critique* de 1890, appelle *a fortiori* la même observation. Un article de M. Morin, dans *les Annales de la Faculté d'Aix* de 1906, n'en est pas lui-même exempt. Au surplus, nous serons souvent amenés à présenter les questions sous un jour assez différent de celui sous lequel ces auteurs les ont vues ; leurs opinions ne seront pas toujours les nôtres, et, quand elles le seront, nous chercherons à les appuyer sur des considérations ou des faits nouveaux.

Notre étude sera divisée en trois chapitres.

Le premier sera consacré à l'histoire de la règle

Error communis facit jus depuis le droit romain jusqu'à notre législation moderne.

Le second aura pour objet les applications jurisprudentielles de notre règle. Il sera le plus important. Car nous estimons que l'analyse de la jurisprudence est le meilleur moyen de saisir le sens et la portée d'une institution juridique.

Enfin, il nous restera, dans un troisième chapitre, à justifier la règle en la faisant entrer dans le système des principes généraux de notre droit.

CHAPITRE PREMIER

HISTORIQUE (I)

De tout temps, il a été admis que la bonne foi, appuyée sur l'erreur commune, doit être la sauvegarde des tiers et qu'elle les met à l'abri des nullités qui, dans la rigueur du droit, menaceraient les actes et les contrats passés dans des conditions légalement irrégulières.

C'est une sorte d'axiome d'équité que chaque génération de théoriciens et de praticiens du droit à transmis fidèlement à la suivante. Le droit romain l'a connu et il y a conformé ses solutions.

Notre ancien droit lui a fait sa place, et, en même temps, il a trouvé, pour l'exprimer, une formule concise et heureuse que nous répétons encore.

1. Ernest Valabrègue, *De la maxime Error communis facit jus* (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, nouvelle série, 1890, t. XIX, p. 30 et suivantes). — Loniewski, *Essai sur le rôle actuel de la maxime Error communis facit jus*. Thèse d'Aix, 1905, p. 17 à 30. — Morin, *la Sécurité des tiers dans les transactions immobilières et la maxime Error communis facit jus* (*Annales des Facultés de droit et des lettres d'Aix*, avril-juin 1909, p. 15 et suiv.)

Nous allons exquissier cette longue tradition. Mais, surtout, nous voudrions montrer qu'elle n'a pas été interrompue et que la règle en question a été acceptée par nos lois modernes.

SECTION PREMIÈRE

Droit romain

Il est parfaitement exact, ainsi que l'a remarqué M. Loniewski, que les jurisconsultes romains, n'ont nulle part formulé en termes lapidaires la maxime : *Error communis facit jus*. Mais il est non moins certain qu'un certain nombre de textes sont inspirés par cette idée supérieure d'équité d'après laquelle l'erreur commune sur une situation juridique équivaut au droit lui-même. Dès lors c'est presque une simple question de mots que de rechercher si le droit romain a ou non connu notre brocard. Le seul point intéressant est de savoir s'il a admis et appliqué le principe qui s'y trouve contenu.

Or ce principe d'équité devait, comme l'a dit M. Valabrègue, trouver sa place toute naturelle dans le droit romain, qui a été proclamé la raison écrite.

Les hypothèses dans lesquelles nous le voyons consacré se divisent en deux catégories. Les unes se réfèrent à des actes *publics* accomplis soit par un

individu qui tenait ses fonctions de l'autorité, soit par un individu agissant en dehors de toute mission de cette sorte. Les autres nous mettent en présence de rapports juridiques *privés*. Toutes supposent la notion d'une capacité putative, c'est-à-dire l'existence d'une personne incapable généralement considérée comme capable.

Examinons d'abord les solutions relatives à des actes accomplis par un incapable en vertu d'une fonction qu'il avait reçue de l'autorité publique.

Nous citerons en entier le texte célèbre d'Ulpien (loi III Digeste, De *officio prætorum*, livre I, titre XIV) connu d'habitude sous le nom de loi *Barbarius Philippus*, à cause des premiers mots du fragment.

« Barbarius Philippus, cum servus fugitivus esset, Romæ præturam petiit, et prætor designatus est : sed nihil ei servitutem obstetisse, ait Pomponius, quasi prætor non fuerit. Quin verum est, prætura eum functum, et tamen videamus si servus, quamdiu latuit in dignitate prætoria, functus sit : quid dicemus ? Quæ edixit, quæ decrevit, nullius forem momenti ? An fore, propter utilitatem eorum, qui apud eum egerunt vel lege, vel quo alio jure ? Et verum puto, nihil eorum reprobari. Hoc enim humanius est ; cum etiam potuit populus romanus servo decernere hanc potestatem : sed et si scisset servum esse, liberum effecisset.

Quod jus multo magis in imperatore observandum est. »

L'hypothèse est la suivante. Un esclave fugitif a été élevé à la préture grâce à l'ignorance dans laquelle on se trouvait au sujet de sa condition.

Il accomplit un certain nombre d'actes rentrant dans la juridiction prétorienne. Puis on découvre son origine. Logiquement les actes de sa préture auraient dû être déclarés nuls. Néanmoins Ulpien les considère comme valables en s'appuyant sur des considérations d'utilité générale et d'équité. Il est manifeste que l'annulation des actes en question eut été préjudiciable à beaucoup d'intérêts privés (*propter utilitatem eorum qui apud eum egerunt vel lege, vel quo alio jure*). D'ailleurs elle n'eût pas été conforme à la volonté du peuple romain qui aurait incontestablement affranchi Philippus, avant de l'élever aux fonctions prétorienne, s'il avait été informé de son état de servitude, et qui, par suite, est censé avoir voulu lui donner la liberté par le fait même qu'il l'a élu.

Une hypothèse assez voisine est indiquée par la loi II du Code, *Du sentiis et interlocutionibus* livre VII, titre XLV. « Si arbiter datus a magistratibus, cum sententiam dixit, in libertate morabatur, quamvis postea in servitutem depulsus sit, sententia tamen ab eo dicta habet rei judicatæ auctoritatem. » Un esclave,

passant pour libre, a été désigné comme arbitre par le magistrat, Bien qu'il ait été remis en servitude, sa sentence est considérée comme possédant l'autorité de la chose jugée. Cette espèce appelle une observation particulière. Le magistrat n'avait pas, comme le peuple romain, le pouvoir d'affacer le vice d'une nomination ; l'acte de l'arbitre n'en est pas moins réputé valable. L'application de la règle d'équité n'est donc pas restreinte au cas où l'autorité qui avait investi un incapable d'une mission publique pouvait couvrir l'irrégularité de son investiture (1).

Faisons un pas de plus. Supposons que les actes accomplis par un incapable n'impliquent aucune mission conférée par l'autorité publique. Là encore, l'erreur commune va produire ses conséquences ; elle va faire considérer l'acte comme valable.

Les jurisconsultes romains ont très catégoriquement exprimé leur pensée sur ce point dans le domaine des testaments. L'incapacité des témoins testamentaires pouvait, en cas d'erreur commune sur leur condition, être transformée en capacité putative et permettre le maintien du testament.

La capacité doit exister au moment de la confection du testament. Cependant le testament auquel est intervenu comme témoin un esclave qui passait générale-

1. Valabrègue, *loc. cit.* p. 33.

ment pour être libre se trouve maintenu. Deux textes donnent à cet égard la même solution.

Une constitution de l'empereur Adrien (Loi I, Code, *De testamentis*, livre VI, titre XXIII) envisage l'hypothèse où un esclave, jouissant de la possession d'état d'homme libre, a été employé comme témoin dans un testament. Son état véritable de servitude ayant été découvert, l'héritier légitime prétendit s'en prévaloir pour faire tomber le testament dont on lui opposait les dispositions. L'empereur Adrien consulté répondit que l'acte était valable à la condition que l'esclave fût généralement considéré comme ayant la qualité d'homme libre.

Les empereurs Sévère et Antonin se prononcèrent dans le même sens. Les Institutes de Justinien ont recueilli leur décision (§ 7 *De testament. ordin.*, liv. II, titre X).

L'espèce est la même que précédemment. Quant à la réponse, elle est la suivante ; « Divi Severus et Antoninus rescripserunt subvenire se ex sua liberalitate testamento, ut sic habeatur, ac si, ut oportet, factum esset ; cum eo tempore quo testamentum signaretur, *omnium consensu* hic testis liberorum loco fuerit neque quisquam esset qui ei status quaestionem moverit. »

La partie finale du texte fait une allusion manifeste à l'erreur commune et à son effet qui est de faire

tenir pour libre le témoin testamentaire dont la servitude a été révélée postérieurement à la confection du testament. Sans doute on ne peut nier que la faveur due au testament ait été l'un des motifs de cette décision. Mais il n'en est pas moins vrai que le rôle de l'erreur commune est marqué en termes formels dans le fragment cité.

Si nous quittons maintenant la sphère des actes publics pour nous occuper des actes privés, nous voyons notre règle d'équité s'appliquer aux rapports juridiques avec les incapables (1).

En principe, celui qui traitait avec un incapable devait s'informer de sa condition. « Qui cum alio contrahit, dit Ulpien (Loi XIX Digeste, *De reguris juris*, livre IV, titre XVII), vel est vel esse debet non ignorus conditionis ejus. » Néanmoins on établissait une distinction entre l'ignorance impardonnable et grossière, qui provenait d'une extrême négligence, et l'ignorance vraisemblable dans laquelle pouvait se trouver un contractant soucieux de ses intérêts. La première ne suffisait pas à valider le contrat passé avec l'incapable. Mais la seconde, au contraire, en réparait le vice.

Or l'ignorance vraisemblable était parfois un cas d'erreur commune. Un fils de famille, par exemple, pouvait passer au regard de tout le monde pour éman-

1. Valabrègue, *loc. cit.*, p. 34.

cipé et capable de s'obliger ; l'opinion pouvait être assez facilement trompée par des actes et des contrats de l'incapable. Alors le Sénatus-consulte macédonien tempérait sa rigueur et accordait au prêteur une action en justice. « Si quis patremfamilias esse credidit, non vana simplicitate deceptus, nec juris ignorantia, sed quia publice paterfamilias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribusungebatur, cessabit senatusconsultum (1). »

Cette solution se rattache encore logiquement à la règle dont nous suivons les traces.

SECTION II

Ancien droit

Les jurisconsultes de notre ancien droit recueillirent la tradition romaine. C'est d'ailleurs en commentant les textes romains, et notamment la loi *Barbarius*, qu'ils furent amenés à formuler le brocard tel que nous le connaissons aujourd'hui. Il n'inventèrent pas le principe d'équité, ils le reçurent, le répétèrent à propos des mêmes hypothèses et d'espèces nouvelles. Mais, en même temps, ils coulèrent l'idée

1. Loi III pr. Dig. de *Senatusc. maced.*, livre XIV titre VI et loi I. Code *Ad senatusc. maced.*

dans une expression concise et frappante qui méritait de faire fortune (1). Nos vieux juristes ne déformèrent donc aucunement l'histoire en attribuant aux Romains la paternité de la maxime; ils ne firent que leur rendre justice; car l'apport de l'ancien droit en cette matière fut simplement verbal et consista uniquement à frapper une formule heureuse pour exprimer une règle de droit préexistante.

Le brocard : *Error communis facit jus* fut dès lors d'un usage assez fréquent. L'autorité qui lui venait du droit romain fut sa seule justification et nous le voyons jouer dans un certain nombre de situations assez curieuses.

Notre ancienne jurisprudence applique d'abord la maxime dans des hypothèses où certains actes avaient été faits par un officier public incapable ou incompetent. Un arrêt du Parlement de Flandre de 1751 valida une saisie opérée par un huissier qui était sans qualité pour instrumenter dans l'espèce; cet officier n'avait en effet été autorisé par le Parlement à exercer ses fonctions que pendant un certain délai qui

1. Voët, *Ad leg. Barbar. Philipp. Dig. de off. præt.* — Cujas. *Observ. lib. 18 cap. 33.* — Faber, *Rational. in Pandect*; 1, 14, t. VI. — Bartole, sur la loi *Ad testium*; *Condit. Dig. qui testam. facere poss.*, nos 1 et 4. — Bartole sur la loi *Barba. Philipp Dig. de off. præt.*. Voir sur la maxime *Error communis* da notre ancien droit: Valabrègue, *loc. cit.*, p. 35 et suiv. Laniewski, *loc. cit.*, p. 22 et suiv.

était expiré à l'époque de la saisie. Mais le Parlement considéra que, même à ce moment, l'huissier exerçait publiquement ses fonctions et que l'erreur commune devait faire valider ses actes (1). Un arrêt du Parlement de Paris du 30 juin 1608 valida un codicille passé devant un notaire hors des limites territoriales de sa compétence (2). On peut encore noter dans le même sens un arrêt du Parlement de Flandre du 21 mai 1768, validant un acte fait par un notaire qui se prévalait d'une longue possession de droit, et un arrêt du Parlement de Paris du 30 décembre 1604 allant jusqu'à déclarer valable un testament reçu par un commis de tabellion, mineur de vingt-cinq ans (3).

Imitant l'exemple du droit romain, notre ancien droit fit intervenir la maxime *Error communis*, en matière de testament, en ce qui concerne les témoins instrumentaires.

Furgole (4), Ricard (5), Pothier (6) enseignent que lorsqu'une personne a perdu l'état civil, par exemple en embrassant la profession religieuse, et qu'elle est établie dans un lieu où l'on ignore sa profession reli-

1. Merlin, *Répertoire*, V° Ignorance, § 2, n° 9.

2. Merlin, *loc. cit.*, d'après Brodeau et Louet.

3. Merlin, *loc. cit.*

4. *Traité des testaments*, chap. III, section I, n° 7.

5. Première partie, n° 1357.

6. Introduction au titre XVI de la Coutume d'Orléans, n° 14.

gieuse, la quasi-possession d'état civil dans laquelle elle se trouve à cet endroit supplée l'état civil lui-même, et que, par conséquent, il y a lieu de déclarer valable le testament où cette personne a fait fonction de témoin.

Conformément à cette doctrine, un arrêt du Parlement de Dijon, du 3 février 1656, rejeta un moyen de nullité élevé contre un testament dans lequel avait figuré un témoin frappé de la peine de bannissement, et dont la condamnation était demeurée ignorée (1).

Enfin nous voyons nos anciens auteurs appliquer la maxime aux relations avec les incapables et spécialement à l'hypothèse où des tiers avaient contracté avec une femme mariée dont ils croyaient le mari mort, alors qu'il était encore vivant. Pothier (2) explique assez largement la situation et fournit une solution très nette.

« Lorsque la femme, dit-il, et les personnes qui ont contracté avec elle, ont eu un juste sujet de croire que son mari était mort, et que la femme avait en conséquence le pouvoir de contracter sans autorisation, comme lorsqu'un homme ayant été vu parmi les morts après une bataille et cru mort, quoiqu'il ne le fût pas, on a donné des certificats en bonne forme de sa mort ; si, sur la foi de ces certificats, la femme

1. Merlin, *Répertoire*. V° Ignorance, § 2, n° 9.

2. *Traité de la puissance du mari*, 2° partie, n° 28.

a fait plusieurs contrats avec plusieurs personnes, et que le mari ait depuis reparu, je pense qu'en ce cas, tant la femme que ceux qui ont contracté avec elle, ayant eu, sur le fondement de ces certificats, un juste sujet d'être persuadés de la mort du mari, et ayant en conséquence contracté de bonne foi, sans l'autorisation qu'on croyait de bonne foi n'être pas nécessaire, cette bonne foi, tant de la femme que de ceux qui ont contracté avec elle, doit suppléer au défaut de l'autorisation et rendre ces contrats valables. C'est le cas de cette maxime des interprètes : *error communis facit jus* ; lorsque le public a eu un juste sujet de croire qu'une personne a un état que, dans la vérité, elle n'a pas, l'intérêt du commerce de la société civile exige que cette personne puisse faire valablement les mêmes actes qu'elle ferait, si elle avait véritablement cet état ; autrement l'erreur dans laquelle est le public sur l'état de cette personne, troublerait le commerce, et serait préjudiciable à toutes les personnes qui auraient affaire à elle. »

Ainsi donc, les actes passés par l'épouse, dans les circonstances indiquées, n'en sont pas moins valables, pourvu que les tiers aient été de bonne foi et déterminés par l'erreur commune à contracter.

Une hypothèse juridiquement identique à la précédente est celle dans laquelle une épouse, qui n'était pas avec son mari, et qui passait pour fille là où elle résidait, aurait contracté au lieu de sa résidence.

Pothier (1) décide encore que les actes ainsi intervenus sont valables en vertu de la loi *Barbarius Philippus*, pour cette raison que les tiers n'ont pas pu se renseigner sur le véritable état de la femme.

SECTION III

Législation moderne

La règle de droit exprimée dans la maxime *Error communis facit jus* a-t-elle été recueillie par notre législation moderne ?

La plupart des interprètes (2) l'ont pensé. Seul Laurent (3) considère, au nom de principes absolus

1. *Loz. cit.*, n° 54.

2. Duranton, t. II, n°s 462, 463, 464 et t. III, n° 419 ; t. IX, n° 109 ; t. X, n° 107 ; t. XIII, n°s 35 et 77. — Toullier, t. II n° 623 ; t. V, n° 407. — Troplong, *Donations et testaments*, t. III, n° 1686. — Larombière, *Obligations*, t. IV, article 1317, n°s 4 et 7. — Aubry et Rau, t. VII, p. 121, § 670, texte et notes 27 et 28 ; t. VIII, p. 200, § 755, texte et note 5 ; p. 204, § 755, texte et note 22. — Demolombe, *Donations et testaments*, t. V, n°s 220 et suivants. — Valabrègue, *loc. cit.*, p. 38.

3. *Principes de droit civil*, t. XIII, n°s 281 et suivants.

Laurent proclame que le droit est l'expression de la vérité éternelle et que l'erreur, si universelle soit-elle, ne put jamais prévaloir contre lui. Reconnaître au fait l'autorité du droit serait, d'après lui, saper la base même de l'ordre moral. Il s'élève contre Demolombe qui, plus attentif à la réalité, déclarait que c'est le fait qui devient droit et que ce sont les faits qui gouvernent le monde. « Non, répond Laurent, ce ne sont pas les faits qui gouvernent le monde, c'est le droit, c'est la justice. »

et éternels, qu'il y a lieu de bannir l'adage et la règle qu'il contient de la science juridique. Nous n'avons pas à critiquer en ce moment son argumentation, nous la retrouverons lorsque nous justifierons notre maxime. Nous verrons même que cet auteur a pris soin d'atténuer l'intransigeance de ses formules par des affirmations qui semblent légèrement en contradiction avec les premières.

Si nous négligeons cette dissidence, nous constatons que la doctrine recueille sans aucun scrupule la maxime traditionnelle. Quant à la jurisprudence, dont nous ferons l'analyse plus loin, nous verrons qu'elle a fait de la règle d'équité dont il s'agit une application de plus en plus large.

Auteurs et tribunaux ont donc estimé que notre règle a été maintenue par la législation moderne.

Nous croyons qu'ils ont eu pleinement raison. La conservation par nos Codes de la règle *Error communis* peut être démontrée par trois séries d'arguments : la tradition, les principes généraux de notre droit, l'avis du Conseil d'État du 2 juillet 1807.

La tradition est incontestablement créatrice du droit. Une règle traditionnelle ne cesse d'avoir son autorité que dans trois circonstances : soit lorsqu'elle tombe en désuétude, soit lorsqu'elle est expressément abrogée par le législateur nouveau, soit enfin lorsqu'elle est en contradiction avec les dispositions

législatives nouvelles. Or, en notre matière, ce sont les trois circonstances contraires qui se sont produites et qui nous font apparaître la perpétuation de la maxime. D'une part la règle est loin d'être tombée en désuétude, puisqu'elle est affirmée par la doctrine et consacrée par les tribunaux dans des hypothèses de plus en plus nombreuses. D'autre part, non seulement aucun texte des lois modernes ne contient abrogation de la maxime, mais un certain nombre de ces textes cadrent avec elle de la manière la plus logique. Cette concordance rationnelle des solutions législatives et de la règle en question peut être regardée comme une consécration implicite.

Si nous interrogeons, en effet, les idées directrices de notre législation, nous voyons qu'elles ne sont pas des déductions tirées de principes abstraits, absolus et éternels, ainsi que semblait le croire Laurent, mais des adaptations de l'idée de justice aux nécessités sociales et aux exigences de la vie.

Pour demeurer dans notre domaine, confrontons donc les principes généraux de nos institutions juridiques avec la maxime qui forme l'objet de notre étude.

La règle *Error communis* fait considérer une situation de fait comme équivalente à une situation de droit lorsqu'on peut invoquer en faveur de la première l'opinion commune et la bonne foi. Une telle

règle est-elle consacrée par des dispositions législatives ?

Un certain nombre de textes, en matière de propriété, d'obligations, de droit de famille, nous invitent à répondre affirmativement à cette question.

On peut définir la possession : l'apparence de la propriété ; elle en est le signe extérieur et visible. Le fait est, la plupart du temps, d'accord avec le droit, mais il arrive que le possesseur ne soit pas propriétaire. Or la loi attache à la possession des effets importants.

En vertu de l'article 2279, la possession de bonne foi conduit à l'acquisition immédiate de la propriété des meubles. En matière immobilière, le possesseur qui a acquis un immeuble en vertu d'un titre entaché de quelque vice, fait les fruits siens s'il est de bonne foi (art. 549 et 650) ; ce même possesseur, s'il est de bonne foi et s'il a un juste titre, peut invoquer la prescription de dix à vingt ans (article 2265).

Il n'est pas difficile d'apercevoir le lien logique qui existe entre ces solutions légales et la règle *Error communis*. Dans les cas envisagés, en effet, nous trouvons les deux conditions d'application de la maxime : la bonne foi et l'erreur commune. C'est seulement la possession de bonne foi qui vaut titre en fait de meubles, qui fait acquérir les fruits et qui fait bénéficier d'un délai abrégé de prescription en matière immo-

bilère. D'autre part, il est bien clair que la possession crée une situation apparente de propriété, puisqu'elle est, par définition, un état de fait consistant à détenir une chose pour son propre compte et à exercer sur elle le même pouvoir physique, les mêmes actes matériels d'usage et de jouissance que si l'on en était propriétaire. Mais cette apparence de propriété fait naître et entretient dans l'opinion la croyance que le possesseur est propriétaire ; car c'est aux actes extérieurs et sensibles qu'il accomplit qu'on reconnaît le propriétaire. Cette croyance peut coïncider avec la réalité juridique : la plupart des possesseurs sont propriétaires, pourrait-on dire pour exprimer l'harmonie du droit et du fait. Mais lorsque la croyance n'est pas d'accord avec le droit, c'est-à-dire lorsque le possesseur n'a pas véritablement acquis la propriété, il y a précisément erreur commune. L'opinion est induite en erreur par les manifestations extérieures de la propriété. Or une telle situation équivaut légalement au droit. Il y a un intérêt général à ce qu'elle soit maintenue dans les conditions indiquées par les articles précités.

L'article 1240 nous montre encore l'équivalence d'une situation de fait et d'une situation de droit, grâce à l'erreur et à la bonne foi. Le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance, c'est-à-dire à celui qui présente la situation apparente

de créancier, libère le débiteur. Dans la rigueur des principes, un paiement fait à un autre qu'un véritable créancier serait irrégulier. Sans doute, dans cette hypothèse, il semble qu'il n'y a erreur que de la part d'une seule personne qui est le débiteur. Il put parfois en être ainsi. Mais supposons qu'il y ait des débiteurs solidaires. On pourra bien alors parler d'erreur commune et la solution ne changera pas. L'erreur commune n'est pas, en effet, celle qui est partagée par un nombre plus ou moins grand de citoyens, mais bien celle qui provient d'un état de fait apparent tel que les personnes intéressées s'y laissent tromper.

Le droit du mariage nous offre lui-même une application frappante de la règle dont il s'agit. Nous voulons parler des dispositions relatives au mariage putatif.

ARTICLE 201. — Le mariage qui a été déclaré nul produit néanmoins les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants, lorsqu'il a été contracté de bonne foi.

ARTICLE 202. — Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des deux époux, le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux, et des enfants issus du mariage.

Si l'on appliquait rigoureusement le droit, le mariage annulé ne devrait produire aucun effet civil. La logique

pure conduirait à la même conséquence ; car quelque chose de civilement valable ne peut être engendré par un acte nul. La théorie du mariage putatif repose sur une idée de faveur envers la personne qui de bonne foi a cru être engagée dans les liens du mariage et envers les enfants nés de l'union. Les origines de cette théorie se trouvent dans le droit romain lui-même (1). Le droit canonique l'a développée (2). L'ancienne jurisprudence française l'a adoptée (3) et nous la retrouvons dans notre législation moderne.

Or, en ce domaine, nous voyons encore, en outre de la bonne foi, l'erreur commune qui provient de l'état apparent de mariage. Ici les principaux intéressés sont les enfants issus du mariage déclaré nul. Le mariage produira les effets civils à leur égard, alors même qu'il n'y aurait eu bonne foi que de la part d'un seul des époux.

On pourrait même rattacher le rôle de la possession d'état en matière de preuve de filiation à la règle *Error communis*. A défaut d'acte de naissance, la possession d'état suffit (art. 320). C'est une très sage présomption de la loi. Dans la très grande majorité des cas, l'enfant né de personnes mariées, connu et

1. Gaius, *Institutes*, I, 67 et suiv. — Ulpien, *Regulæ* III, 4. — Code de Justinien, V, 5. — Digeste 23, 2, *De ritu nuptiarum*, 57.

2. Esmein, *le Mariage en droit canonique*, t. II, p. 33-35.

3. Pothier, *Contrat de mariage*, nos 437 et suiv.

accepté comme étant le leur, est vraiment enfant légitime. Il peut cependant arriver que le fait ne soit pas conforme au droit. On peut alors considérer qu'il y a un intérêt général et un intérêt particulier pour l'enfant, à ce que celui-ci recueille le bénéfice d'une erreur commune manifeste. Pour lui la possession vaut titre et il peut en tirer toutes les conséquences juridiques.

Nous ne prétendons pas que les considérations que nous venons d'émettre aient été présentes à l'esprit des rédacteurs du Code civil lorsqu'ils ont écrit les textes que nous avons rappelés. Ce que nous affirmons et ce que nous croyons avoir montré, c'est que les solutions législatives peuvent très bien s'expliquer par l'application de l'adage *Error communis*. Dans toutes les hypothèses précédentes, en effet, nous voyons apparaître, d'une part, la bonne foi chez les intéressés; d'autre part, une situation apparente, mais conforme au droit, mais créant une erreur commune chez ces mêmes intéressés. Or, la loi, qui n'a pas à faire de théorie, mais à prononcer, décide que les situations de fait en question équivalent à des situations de droit. L'interprète est bien libre d'expliquer ces solutions par la théorie de l'erreur commune et de dire, par suite, que la maxime *Error communis* est encore en vigueur de nos jours et a pris place dans notre législation.

La conclusion à laquelle nous arrivons ne présente rien d'arbitraire et ne nous transporte nullement dans le monde des hypothèses. Pour établir que notre adage a été conservé par les lois modernes, nous n'avons pas quitté le terrain positif. En effet, après avoir constaté l'existence d'une règle traditionnelle, ce qui est un fait, nous avons montré que cette règle n'a été abrogée par aucun texte, c'est un autre fait. La règle demeure donc en vigueur. Nous aurions pu arrêter là notre démonstration. Mais nous avons été plus loin en établissant que la bonne foi, unie au fait, à la possession, qui engendre l'erreur commune, joue un rôle important dans notre législation. L'harmonie qui règne entre la maxime *Error communis* et les dispositions légales visées peut être très légitimement considérée comme une consécration tacite.

Nous avons ajouté qu'un troisième argument, d'un ordre spécial encore, pouvait être invoqué en faveur de la perpétuation de la maxime dans notre droit. Cet argument est si frappant qu'il a fait impression sur l'esprit de M. Laurent lui-même, malgré toute la répugnance que celui-ci éprouvait pour notre règle. Examinant la question de savoir si un testament est valable en raison de la bonne foi de ceux qui y ont appelé un témoin incapable, Laurent soutient que l'affirmative serait contraire à la loi.

Mais, par un singulier retour sur lui-même, il ajoute : « Toutefois, en combinant la tradition avec le décret du 2 juillet 1807, nous croyons que la maxime de la capacité putative peut être admise, bien qu'elle déroge à la rigueur du droit (1). »

Voici dans quelles circonstances fut émis l'avis du Conseil d'État du 2 juillet 1807 qui devait jouer un si grand rôle dans la discussion du présent problème (2).

Suivant la loi du 28 pluviôse an VIII, les secrétaires de mairie avaient cessé d'être des fonctionnaires publics. Ils n'avaient donc pas qualité pour conférer par leur signature l'authenticité aux extraits des registres de l'état civil. Cependant ils avaient délivré, sous leur signature, un grand nombre de ces extraits, aux lieu et place de l'officier de l'état civil, seul compétent désormais. Les extraits dont il s'agit avaient été légalisés par l'autorité compétente ; ils avaient même été produits en justice et ils avaient servi de base à des décisions. L'irrégularité n'était pas douteuse. Mais on se demanda si elle devait conduire à l'annulation des actes, des contrats et des jugements dans lesquels on avait fait usage des documents irréguliers ou si, au contraire, on ne se trouvait pas en pré-

1. *Principes de droit civil*, t. XIII, n° 283.

2. Duvergier. *Collection des lois et décrets*, t. XVI, p. 153.

sence d'une erreur commune de la part des tiers, erreur invincible partagée par l'autorité publique elle-même et qui devait tout valider ?

Le Conseil d'État fut consulté sur cette question et formula son avis le 2 juillet 1807 dans les termes suivants.

Le Conseil d'État reconnaît que la loi du 28 pluviôse an VIII ne confère point qualité aux secrétaires de mairie pour rendre authentiques des extraits des registres de l'état civil. Puis il s'exprime de la manière suivante :

« 2° Considérant que, néanmoins, et depuis la loi du 28 pluviôse an VIII, il a été délivré un très grand nombre d'extraits des registres de l'état civil, sous le certificat et la signature d'employés qui se qualifient de secrétaires ou de secrétaires généraux de mairie ; que plusieurs de ces actes ont été reçus en justice, et ont servi de base ou de pièces justificatives à des jugements ou à des procédures non terminées, qui seraient dans le cas d'être recommencées, si ces extraits n'étaient pas admis comme authentiques ;

3° Que ces extraits ont été délivrés par des employés et reçus par les parties avec bonne foi de part et d'autre ; de la part des employés qui ont pu conclure de quelques actes du gouvernement qu'on leur reconnaissait un caractère public ; de la part des parties, qui pouvaient d'autant moins reconnaître l'erreur commune que la très grande majorité des

extraits ont été légalisés, soit par les présidents de ces tribunaux de première instance, d'après la loi du 28 pluviôse an VIII, soit, postérieurement, par les préfets des départements ou les autres fonctionnaires qui les remplaçaient en cas d'absence ou d'empêchement.

» 4^o Et qu'enfin, de tout temps et dans toutes les législations, l'erreur commune et la bonne foi ont suffi pour couvrir, dans les actes et même dans les jugements, les irrégularités que les parties n'avaient pu prévoir ni empêcher. »

En conséquence, le Conseil d'État émet l'avis que les extraits délivrés depuis la loi du 28 pluviôse an VIII, sous le certificat et la signature des secrétaires de mairie, jusqu'au jour où il a été consulté, doivent être considérés comme authentiques, si la signature a été légalisée par les fonctionnaires compétents.

La solution est très nette. Bien que les secrétaires de mairie soient de simples employés, dépourvus de tout caractère officiel et impuissants à conférer l'authenticité aux extraits, le Conseil, prenant en considération l'intérêt général se prononce en faveur de la validité des actes litigieux conformément à la maxime *Error communis*, sur laquelle ils'appuie expressément.

Nul ne méconnaît le bien-fondé et l'importance de cet avis du Conseil d'État, mais tout le monde n'est

pas d'accord sur le degré d'autorité qu'il convient de lui attacher. Constitue-t-il ou non une véritable loi interprétative ?

On sait que le Conseil d'État puisait dans le règlement du 5 nivôse an VIII le pouvoir d'interpréter les lois. L'article 11 de ce règlement portait, en effet, que le Conseil d'État développe le sens des lois sur le renvoi qui lui en est fait par les consuls (1). Sans doute ce texte était contraire à l'article 52 de la Constitution du 22 frimaire an VIII qui, réglant les attributions du Conseil d'État, chargeait ce corps de rédiger les projets de loi et les règlements d'administration publique ainsi que de résoudre les difficultés qui s'élevaient *en matière administrative* (2) ; dans le domaine des lois civiles, l'interprétation appartenait donc au législateur lui-même suivant la règle *jas est interpretari legem cujus est condere*. Il en résulte que le règlement du 5 nivôse était susceptible d'annulation. Mais, d'autre part, d'après les articles 21 et 28 de la Constitution elle-même, le Sénat avait seul le droit d'attaquer les actes du gouvernement qui étaient opposés à la Constitution. Or le Sénat n'usa pas de son droit relativement au règlement dont nous nous occupons. Il semble donc bien que l'avis du 2 juil-

1. Duvergier, *loc. cit.*, t. XII, p. 15 et suiv.

2. Duvergier, t. XII, p. 23 et suiv.

let 1807, émis à cette époque et dans ces circonstances, inséré au *Bulletin officiel*, ait acquis la force d'une loi interprétative (1).

Mais deux objections ont été faites à ce raisonnement. M. Wahl (2) rappelle que les avis du Conseil d'État n'avaient force de loi interprétative que dans leur dispositif, puisque cette assemblée n'avait mission de « développer le sens des lois », sur le renvoi des consuls, qu'en ce qui concernait les « questions qui lui étaient présentées » (article 11 du décret du 5 nivôse an VIII). Or, dit l'auteur, l'avis du 2 juillet 1807 ne fait état de la règle *Error communis* que dans ses motifs. N'est-il pas permis de trouver cette distinction un peu spécieuse ? D'ailleurs, le troisième des motifs de l'avis se réfère manifestement à notre règle, d'une manière au moins implicite ; car il considère que les extraits irréguliers ont été délivrés et reçus *de bonne foi* par les employés de mairie et les parties, et que ces dernières pouvaient d'autant moins reconnaître *l'erreur commune* que la très grande majorité des extraits avaient été légalisés.

En second lieu, a-t-on objecté, l'avis de 1807 n'a

1. En ce sens Merlin, *Répertoire*. V^o Interprétation, III. — Valabrègue, *loc. cit.*, p. 41-42.

2. Note au Sirey sous Cass., 17 juillet 1907 ; S. 1907, I, p. 403, colonne 2.

pas eu la prétention de formuler une règle générale ; il s'est contenté de répondre dans une question d'espèce relative à une simple irrégularité de forme. Il serait arbitraire de généraliser la pensée des conseillers d'État(1). Ici encore nous croyons que l'objection se dissipe à la seule lecture du quatrième considérant des motifs de l'avis. Il contient l'affirmation que, de tout temps et dans toutes les législations, l'erreur commune et la bonne foi ont couvert, dans les actes et les jugements, les irrégularités que les parties n'ont pu ni prévoir ni empêcher. Cette formule ne distingue pas les irrégularités de forme des autres, et elle est rédigée dans les termes les plus larges.

Il nous est donc permis de conclure que l'avis du Conseil d'État, dont nous avons étudié la teneur et la portée, a bien la force d'une loi interprétative. Si l'on n'acceptait pas cette manière de voir, il n'en subsisterait pas moins que la règle *Error communis* a été reçue par notre législation ; celle-ci, en effet, nous l'avons montré, n'a pas abrogé la maxime traditionnelle ; bien plus, elle a formulé des décisions importantes qui cadrent très bien avec la maxime et qui peuvent par suite être considérées comme une consécration tacite. Si l'on approuve notre opinion en ce qui concerne l'avis du Conseil d'État, la vérité

1. Wahl, *loc. cit.* — Loniewski, *loc. cit.* — Morin, *loc. cit.*

précédemment acquise se trouve corroborée d'une façon saisissante.

La vie de la règle *Error communis* s'est perpétuée depuis le droit romain jusqu'à la législation moderne, et c'est en complet accord avec les principes de l'interprétation que notre jurisprudence en a fait l'application dans de nombreuses espèces.

CHAPITRE II

APPLICATIONS JURISPRUDENTIELLES

Les applications que la jurisprudence a faites de la règle *Error communis facit jus* peuvent être groupées en trois séries.

Une première série est relative à des actes dressés par des officiers publics dans des conditions irrégulières.

La seconde se réfère à des actes passés avec des incapables.

La troisième a trait à des actes d'aliénation ou de constitution de droits réels accomplis par un propriétaire apparent.

Le caractère commun de toutes ces hypothèses est l'opposition entre l'apparence du droit et le fond du droit.

Le caractère commun des décisions jurisprudentielles qui les ont tranchées est de reconnaître à l'apparence, génératrice de l'erreur commune, la valeur du droit lui-même.

Nous allons consacrer, à chacun des groupes d'hypothèses et de solutions, une section de ce chapitre.

SECTION PREMIÈRE

Actes dressés par des officiers publics dans des conditions irrégulières

Suivant la tradition, conformément à l'avis donné en 1807 par le Conseil d'État, les tribunaux n'ont pas hésité à faire application de notre maxime pour protéger les intéressés contre la nullité encourue par les actes dont il s'agit ici.

Deux hypothèses sont à distinguer. En premier lieu, l'irrégularité de l'acte tient à ce que l'officier public ne présentait pas toutes les conditions d'aptitudes voulues par la loi. En second lieu, l'irrégularité de l'acte provient de ce que les témoins ne remplissaient pas ces conditions (1).

Envisageons d'abord le cas où un officier public, un notaire, par exemple, a exercé ses fonctions sans réunir toutes les conditions requises par l'article 35 de la loi du 25 ventôse an XI. Bien qu'il n'ait pas l'âge exigé ou qu'il ne soit pas Français, le gouver-

1. Valabrègue, *loc. cit.*, p. 44 et suiv.

nement l'a, par erreur, appelé aux fonctions notariales. Il a fait des actes de son ministère. Si sa nomination vient à être révoquée plus tard, quel sera le sort de ces actes ?

Les jurisconsultes sont d'accord pour décider que ces actes sont valables, malgré les vices dont l'investiture de l'officier public était entachée. Cette solution se fonde sur la loi du 25 ventôse an XI qui, prononçant, dans son article 68, la nullité des actes notariés en certains cas, ne vise pas l'article 35 qui exige la qualité de français, l'âge de vingt-cinq ans, etc.

Il n'y a de dissentiment qu'en ce qui concerne la justification de cette solution.

Quelques rares auteurs, parmi lesquels Laurent (1), écartent l'application de la maxime *Error communis*.

La loi *Barbarius Philippus* a bien prévu qu'un esclave a été nommé préteur et elle a maintenu les actes de juridiction prétorienne ainsi accomplis, par cette raison que le peuple romain, qui pouvait affranchir cet esclave, pouvait l'élire préteur. Mais, dit Laurent, le chef du gouvernement n'a pas le pouvoir de nommer notaire un incapable ou un étranger.

Là n'est pas la question. En réalité, il ne s'agit pas de savoir si le gouvernement peut nommer un officier public incapable ou étranger — la négative

1. T. XIX, n° 107.

est certaine — mais de savoir si, cette nomination étant intervenue par erreur, les actes de l'officier public ont le caractère de l'authenticité.

En d'autres termes, la situation apparente créée par la nomination de l'officier ne doit-elle pas, étant donné l'erreur invincible et commune de tous ceux qui se sont adressés à cet officier, équivaloir au droit lui-même ?

La plupart des auteurs qui ont prévu l'hypothèse l'ont résolue par l'application de notre maxime (1).

» L'absence, dans la personne d'un officier public, des qualités ou conditions générales d'aptitude requises pour la nomination aux fonctions dont il a été revêtu, disent MM. Aubry et Rau, n'enlève pas aux actes qu'il a passés le caractère de l'authenticité. Ainsi, par exemple, si un étranger, ou un Français n'ayant pas l'âge requis, avait été nommé aux fonctions de notaire, les actes par lui passés en cette qualité vaudraient comme authentiques, malgré l'irrégularité de sa nomination. » Et ces auteurs se réfèrent expressément, dans leur note, pour affirmer cette solution, à la règle traditionnelle *Error communis facit jus*.

« Rigoureusement, dit M. Valabrègue, le notaire ne pourrait imprimer le caractère d'authenticité aux

1. Duranton, t. XIII, p. 65, n° 77. — Favart, V. Acte notarié, p. 7, n° 5. — Bonnier, t. II, n° 471. — Aubry et Rau, t. VIII, p. 200, texte et note 5. — Valabrègue, *loc. cit.*, p. 45-46.

actes qu'il reçoit, que s'il réunissait dans sa personne toutes les conditions d'aptitude voulues par la loi. Si ces conditions lui font défaut, les actes qu'il aura ainsi passés seront certainement valables, mais ils le seront uniquement parce que l'erreur commune les couvre et les protège. Les tiers ont eu affaire à un officier public régulièrement investi, d'après les apparences, des fonctions qu'il exerçait ; rien n'a pu leur faire supposer que l'autorité publique avait nommé un incapable, que sa religion avait été trompée. »

La présente difficulté rentre donc manifestement dans le domaine de notre règle. Les tiers ont été induits dans une erreur commune et invincible par le titre officiel investissant l'officier de ses fonctions. Les vices de ce titre, ils les ignoraient, ils ne pouvaient pas les connaître. Peu importe que le gouvernement n'ait pas le pouvoir de réparer les vices de la nomination. Déjà, en droit romain, nous l'avons vu, l'esclave qui, passant pour libre, avait été désigné comme arbitre par le magistrat, voyait valider les actes de sa fonction : sa sentence avait l'autorité de la chose jugée, bien qu'il ait été remis en servitude et bien que le magistrat n'ait pas le pouvoir d'effacer le vice de la nomination. L'analogie de cette situation avec celle que nous venons d'envisager est frappante. Elle n'a d'ailleurs fait, à notre connaissance, l'objet d'aucune décision de jurisprudence.

On a également discuté sur l'application de notre

maxime dans le cas où un notaire, suspendu ou destitué de ses fonctions, a reçu des actes depuis que la mesure qui le frappe lui a été signifiée. Duranton (1) et Rolland de Villargues (2) se sont prononcés pour la nullité de ces actes. Demolombe (3) reconnaît tout au plus, à de tels actes, la valeur d'actes sous signature privée, s'ils ont été signés par toutes les parties. M. Valabrègue fait encore application de notre adage (4). L'hypothèse est assurément délicate. Car la mesure qui a frappé l'officier reçoit une publicité plus ou moins grande. S'il était démontré que cette publicité a été très restreinte et que les tiers, voyant le notaire en possession de son office, comme toujours, ont contracté en toute confiance, sous l'empire d'une erreur invincible, nous ne voyons pas pourquoi ces tiers ne seraient pas protégés par notre maxime. Mais cette argumentation n'a pas été acceptée par la Cour de Turin, qui, le 21 avril 1807, dans l'affaire Marengo, a prononcé la nullité d'un acte dressé par un notaire postérieurement à sa déchéance, bien que l'erreur commune ait été invoquée par les intéressés (5).

La jurisprudence moderne n'a pas eu à connaître des cas où un notaire aurait instrumenté en dehors

1. T. XIII, n° 76.

2. V. Acte authentique, n° 19.

3. T. XXIX, n° 260.

4. *Loc. cit.*, p. 48.

5. Arrêt cité par Valabrègue, *loc. cit.*, p. 48.

des limites de son ressort. Nous avons vu qu'un arrêt du Parlement de Paris, du 30 juin 1608, avait validé un codicille passé devant un notaire hors des limites territoriales dans lesquelles il avait le pouvoir d'instrumenter (1). Actuellement, nous estimons qu'il n'y aurait pas lieu d'appliquer notre maxime. L'ignorance des tiers serait loin d'être invincible, elle serait même peu excusable, puisque les articles 5 et 6 de la loi du 25 ventôse an XI ont posé des règles claires et précises au sujet des lieux dans lesquels les notaires sont autorisés à exercer leurs fonctions (2).

Laissant désormais de côté ces hypothèses d'un officier public instrumentant malgré sa qualité d'étranger, son défaut d'âge, sa suspension ou sa destitution, ou dressant un acte au delà des limites territoriales de sa compétence, nous allons examiner d'autres cas dans lesquels la jurisprudence a validé, par application de notre règle, des actes émanés d'un officier public dans des circonstances irrégulières.

Nous rencontrons dans cet ordre d'idées trois arrêts vraiment typiques : l'un de la Cour de Bastia du 21 janvier 1846, l'autre de la Cour d'Alger du 22 février 1858, le troisième de la Cour de cassation du 7 août 1883, dans la célèbre affaire des mariages de Montrouge.

1. Merlin, *Répertoire*. V^o Ignorance, § 2, n^o 29.

2. En ce sens, Valabrègue, *loc. cit.*, p. 47.

La décision de la Cour de Bastia nous place en présence d'un acte émané d'un fonctionnaire qui n'avait agi qu'à la faveur d'une insurrection. La Corse, dont une partie était occupée par les Anglais, s'était soulevée. Le sieur Casabianca voulut contracter mariage, à Vallecalle, avec la demoiselle Limarola. Or, les registres de l'état civil qui, aux termes de la loi du 21 septembre 1792, devaient être transmis à toutes les communes de France, n'étaient pas encore parvenus dans l'intérieur de la Corse. A Vallecalle, où se trouvait le quartier général de Paoli, chef de l'insurrection, il n'y avait aucun officier de l'état civil. C'est le curé de cette localité qui célébra le mariage. Ceci se passait en 1794. Le sieur Casabianca décéda, en 1840, après avoir légué tous ses biens à ses enfants. La dame Guérini, nièce du testateur, assigna ces derniers en partage de la succession de leur père, sous le prétexte que, le mariage n'ayant pas été célébré devant l'officier de l'état civil compétent, ils n'étaient point enfants légitimes et se trouvaient par suite incapables de profiter des dispositions testamentaires. La Cour de Bastia, confirmant le jugement du tribunal, rejeta ces prétentions de la dame Guérini et valida le mariage en question (1).

1. 21 janvier 1846. P., 1846. II, p. 143. — Valabrègue, *loc. cit.*, p. 54.

Comme on le voit, cette décision va beaucoup plus loin que valider les actes irréguliers d'un officier public, elle valide les actes d'un individu qui n'a point la qualité d'officier public : le curé n'avait point le pouvoir de célébrer le mariage. Cette solution peut s'expliquer sans que l'on fasse intervenir la maxime *Erros communis*. Ainsi que l'a très bien dit M. Valabrègue (1), la vie civile ne peut être suspendue ; les grands événements de l'existence humaine doivent être constatés à l'instant même où ils se réalisent ; quant au mariage, il importe qu'il soit effectué sans délai, et tout retard peut amener la perturbation dans les intérêts les plus graves de la société. Mais, si ces considérations suffisent à expliquer la solution précédente, on peut concevoir aussi le jeu de la maxime *Erros communis*. Le curé s'était en quelque sorte improvisé officier public, et, abstraction faite de la nécessité, il pouvait y avoir erreur de la part de ceux qui s'adressaient à lui pour faire célébrer leur union. C'est à des motifs du même genre qu'a obéi la loi du 2 juillet 1871 lorsqu'elle maintint les actes dressés par les hommes de la Commune qui avaient usurpé les fonctions d'officier de l'état civil. Le rapport de la commission faisait une allusion manifeste à la bonne foi et à l'erreur commune des intéressés. « La

1. *Loc. cit.*, p. 53.

commission a pensé, disait-il, que des époux qui étaient venus contracter mariage, dans le lieu ordinaire de la cérémonie, à la mairie, *en présence de ce qui leur paraissait être un officier public*, ne pouvaient pas être autorisés un seul moment à se croire dégagés de la foi qu'ils s'étaient donnée et elle s'est rappelé l'arrêt si sage rendu par la Cour de Bastia à la suite d'une révolte qui avait, pendant de longs mois, tenu plusieurs villages isolés de toute autorité légale... » Le rapport vise formellement la situation apparente dans laquelle les parties avaient contracté mariage pendant la Commune et il la rapproche, non sans vraisemblance, de la situation dans laquelle s'étaient trouvés le sieur Casabianca et la demoiselle Limarole pendant le soulèvement de la Corse. Ici comme là, cette apparence pouvait engendrer l'erreur commune.

L'influence de l'erreur commune est encore beaucoup plus manifeste dans l'affaire Arvézit contre Chaudron, dans laquelle statua la Cour d'Alger, le 22 février 1858 (P. 1859, p. 68). Le sieur Arvézit demandait l'envoi en possession de l'hérédité de sa femme, en vertu d'un testament de celle-ci reçu à Orléansville par le secrétaire du commissaire civil. On lui objecta que ce personnage n'avait pas qualité pour recevoir un testament et qu'en conséquence ce dernier était nul. Le tribunal d'Alger prononça en

effet la nullité du testament. Mais son jugement fut infirmé par la Cour d'Alger.

La Cour estima que le secrétaire du commissaire civil avait eu qualité, dans l'espèce, pour recevoir l'acte testamentaire. Nous n'avons pas à nous occuper de cette partie de la décision qui est en dehors de notre sujet. Mais la Cour ajoute que, quoi qu'il en soit, l'erreur commune pouvait être valablement invoquée.

Considérant d'ailleurs, dit l'arrêt, qu'il est de notoriété publique que, d'après l'ordonnance du 30 décembre 1842, les secrétaires des commissaires civils ont procédé à la réception des testaments publics sur toutes les parties du territoire algérien où les notaires n'avaient pu être établis...

Considérant que l'erreur commune ne saurait être mise en doute ;

Considérant qu'il est de principe constant dans notre droit nouveau, comme dans notre droit ancien, que la capacité putative, fondée sur une erreur commune, supplée la capacité réelle ;

Considérant enfin qu'alors même qu'un doute pourrait s'élever sur le sens et la portée de l'article 57 de l'ordonnance, les testaments reçus par les secrétaires des commissaires civils seraient protégés par l'erreur commune produisant aujourd'hui, comme à toute époque, les mêmes effets que la loi.

Il est impossible de faire une application plus formelle de la règle *Error communis facit jus*, ni de formuler celle-ci d'une manière plus certaine et plus générale.

Enfin l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation du 7 août 1883 (P. 1884, I, 5) peut très bien être considérée comme une application de notre règle. Rappelons brièvement les circonstances dans lesquelles se produisit cette fameuse affaire des mariages de Montrouge. Le maire de cette commune s'était fait remplacer, en qualité d'officier de l'état civil, par l'un des conseillers municipaux, M. Girardin. Celui-ci était, par ordre d'élection, le vingt et unième membre du conseil municipal. Ni les conseillers précédents, ni les adjoints n'étaient d'ailleurs empêchés, M. Girardin procéda, dans ces conditions, à la célébration de trois mariages dont la nullité fut poursuivie d'office par le ministère public. Il n'était pas douteux que la délégation de M. Girardin fût irrégulière. Le droit de délégation du maire doit s'exercer d'abord au profit des adjoints, puis, en cas d'empêchement de ces derniers, au profit du premier conseiller municipal dans l'ordre du tableau (art. 14 de la loi du 22 juillet 1837 combiné avec l'art. 5 de la loi du 21 mars 1821 et l'art. 4 de la loi du 5 mai 1855).

Devant la Cour de Cassation on soutint que la

nullité résultant de l'irrégularité de la délégation devait être couverte par l'erreur commune. Rien n'était plus juste. M. Girardin avait lu un procès-verbal dans lequel il déclarait qu'il agissait en vertu d'une délégation du maire. Il y avait donc une situation apparente engendrant une erreur commune et invincible, car on ne peut penser à astreindre les futurs époux à l'obligation de vérifier la régularité de la délégation du conseiller municipal qui procède à leur union (1).

La Chambre civile décida que l'irrégularité de la délégation n'avait pas eu pour effet d'entraîner la nullité des mariages en question. Bien que sa décision ne soit pas appuyée sur la maxime *Error communis*, il est donc permis de dire qu'elle s'en est tout au moins inspirée et qu'elle en constitue l'une des plus éclatantes illustrations.

Nous avons ainsi achevé l'examen de la première des deux hypothèses que nous avons indiquées, à savoir celle de l'irrégularité d'un acte tenant à ce que l'officier qui y procède n'a pas les aptitudes légalement requises.

Il nous faut, maintenant, étudier l'hypothèse dans

1. Voir le rapport de M. le conseiller Monod ainsi que les conclusions de M. le procureur général Barbier et la note de M. Labbé : P. 1884, p. 14 et suiv.

laquelle un acte, émanant d'un fonctionnaire capable et compétent, est néanmoins irrégulier parce que les témoins ne réunissent pas les conditions voulues. La notion de la capacité putative des témoins est traditionnelle. Nous l'avons vue consacrer par des décisions des empereurs Adrien, Sévère et Antonin, par nos anciens auteurs et nos Parlements. Elle est également mise en œuvre par la jurisprudence moderne. Il existe de nombreux arrêts qui ont validé des actes dans lesquels les témoins étaient incapables à raison de leur nationalité ou de la privation des droits civils et politiques qu'ils avaient encourue (1).

Nous citerons les arrêts suivants qui sont relatifs aux témoins testamentaires : Cassation, 28 février 1821 (P. chr., t. XVI, p. 413) ; Cassation, 10 mars 1824 (P. chr., t. XVIII, p. 512) ; Toulouse, 10 mai 1826 (P. chr., t. XX, p. 477) ; Cassation, 18 janvier 1830 (P. chr., t. XXIII, p. 57) ; Amiens, 26 juin 1838 (P., 1839, t. II, p. 289) ; Douai, 26 mars 1873 (P., 1873, p. 1080) ; Amiens, 8 juillet 1873 (P. *ibid.*, p. 1081) ; Cassation, 6 mai 1874 (P., 74, p. 1288) ; Cassation, 1^{er} juillet 1874 (P., 75, p. 616).

Dans le même sens des arrêts ont été rendus relativement à des témoins en matière de donation : Cas-

1. Valabrègue, *loc. cit.*, p. 57 et suiv.

sation, 12 décembre 1882 (P. 83, p. 1153); Douai, 13 août 1884 (P. 84, p. 1010).

Nous rencontrons aussi un arrêt de la Cour de Cassation du 28 juin 1831 (P. chr., t. XXII, p. 1751), qui concerne un témoin étranger ayant figuré dans un contrat de mariage.

Suivant les arrêts, la simple notoriété n'est pas, par elle-même, constitutive de l'erreur commune. Il faut que l'erreur s'appuie sur un certain nombre d'actes formant pour le témoin une possession paisible et publique de l'état qu'elle suppose (1). Ainsi un arrêt de la Cour de Cassation du 18 janvier 1831 (P. chr., t. XXIII, p. 1751) a considéré que la participation d'un étranger aux bénéfices et aux charges attachés, à la qualité de citoyen français peut donner naissance à l'erreur susceptible de faire regarder cet étranger comme Français. De même la Cour d'Amiens, le 28 juin 1838 (P. 40, 2, p. 515), et la Cour de Cassation, le 6 mai 1874 (P. 74, p. 1208), ont décidé qu'un étranger avait pu figurer comme témoin dans un testament authentique, sans le vicier de nullité, si cet étranger, domicilié et établi en France depuis longtemps, incorporé à la garde nationale, inscrit sur la liste des électeurs et du jury, ayant voté plusieurs fois et ayant déjà servi de témoin dans d'autres

1. Valabrègue, *loc. cit.*, p. 57.

actes, était généralement reconnu pour citoyen français. La même solution a été appliquée par la Cour de Douai, le 13 août 1887 (P. 1887, p. 1010), dans une espèce où un individu condamné pour vol à dix jours d'emprisonnement avait été appelé comme témoin instrumentaire dans un acte de donation.

Ce qu'exigent, en d'autres termes, les tribunaux, pour que l'erreur soit commune, invincible, et puisse équivaloir un droit, c'est que les témoins aient créé dans leur milieu social, par une série d'actes assez nombreux et assez importants, l'apparence de leur capacité.

Les décisions précédemment rapportées se réfèrent à des cas où les témoins étaient étrangers ou privés des droits civils et politiques.

On a discuté, en doctrine, le point de savoir si la notion de la capacité putative devait être admise avec ses conséquences lorsque l'incapacité du témoin tient à d'autres causes, telles que le sexe, l'âge, la parenté et l'alliance. Certains auteurs ont soutenu la négative en disant qu'il est impossible que les intéressés ignorent ces empêchements dans la personne d'un témoin; on ne saurait donc alors parler d'erreur invincible (1). D'autres, au contraire, pensent que notre maxime est applicable, quel que soit le genre

1. Delvincourt, t. II, p. 83, note 1. — Toullier, t. III, n° 407.

d'incapacité du témoin instrumentaire (1). Ils font observer que, si l'erreur est plus difficile dans les cas dont il s'agit, elle n'est cependant pas impossible. Ainsi, un mineur peut offrir les apparences d'un âge plus avancé. De même il peut être malaisé de découvrir un lien de parenté ou d'alliance : « Supposons, dit M. Valabrègue (2), un testament fort compliqué dans lequel les légataires sont très nombreux ; ils ne sont pas nettement indiqués ; on ne sait pas, au moment de l'acte, quels sont ceux qui seront appelés à ce titre, et la plus grande incertitude règne à ce sujet. Si on a choisi pour témoin un parent des futurs légataires, serait-il juste de faire supporter aux bénéficiaires les conséquences d'un vice qu'ils n'ont pu soupçonner ? »

Cette manière de voir nous semble exacte. Quoi qu'il en soit, recherchons sur ce point les décisions de la jurisprudence.

L'application de la règle *Erros communis* a été faite à l'incapacité résultant de l'âge par un arrêt de la Cour d'Aix du 30 juillet 1838 (P. 39. 1. 367). « Attendu dit-il, que vainement on voudrait, pour l'application du principe de l'erreur commune, faire des distinctions sur la nature des incapacités des témoins ; qu'en

1. Valabrègue, *loc. cit.*, p. 60 et les auteurs cités en note.

2. *Loc. cit.*, p. 61.

admettant, pour certains cas, ce principe exceptionnel, protecteur de la bonne foi, par des raisons dont la puissance a été reconnue dans tous les temps, et surtout par celle bien légitime d'une grave perturbation d'intérêts majeurs et nombreux, on est obligé de l'admettre dans tous les cas où les mêmes raisons se produisent... »

Notre maxime a été appliquée aussi au cas d'incapacité résultant de la parenté et de l'alliance. Un testateur avait institué des légataires universels à charge pour eux de payer 60 francs à chacun de ses filleuls et filleules. Or l'un des témoins était cousin-germain par alliance de l'un de ces filleuls. Et cet empêchement était, au moment où l'acte fut passé, ignoré de tout le monde. La Cour d'Agen s'appuya sur l'erreur commune pour valider le testament et le pourvoi dirigé contre cette décision fut rejeté par la Cour de Cassation le 31 juillet 1834 (Dalloz, *Répertoire* V^o Donations, entre vifs et testament, n^o 3194). Une espèce analogue fut tranchée par la Cour suprême dans un sens opposé, le 18 juin 1866 (P. 66, p. 1050), mais pour le motif qu'il était constaté que la testatrice savait que le témoin était au nombre de ses parents. Si les faits avaient été autres, la solution eût donc été différente. Nous ferons la même observation en ce qui concerne un arrêt de la Cour de Douai du 26 mars 1873 (P. 73, p. 1080) qui refusa de valider un testament authentique, dans lequel un témoin était allié au degré pro-

hibé de l'un des légataires, pour le motif que, étant données les circonstances de l'espèce, l'affinité dont il est question pouvait être facilement constatée.

De tout ce qui précède nous pouvons conclure que la jurisprudence, en matière d'actes dressés par des officiers publics dans des conditions irrégulières, a fait une large application de notre règle.

SECTION II

Actes passée avec des incapables

Les arrêts ont tenu compte de la règle *Error communis* pour régler les rapports juridiques des tiers de bonne foi avec les incapables.

Nous allons examiner successivement les rapports de ces tiers avec les représentants des incapables et avec les incapables eux-mêmes (1).

Supposons d'abord les tiers en relation avec un tuteur irrégulièrement nommé, incapable ou destitué. S'ils ont été de bonne foi, les actes qu'ils ont ainsi passés sont couverts par notre maxime. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Colmar du 27 avril 1813

1. C'est la division qu'a adoptée M. Valabrègue, *loc. cit.*, p. 64 et suiv.

(P. chr. t. XI p. 323) et qu'un arrêt de la Cour de Cassation du 14 octobre 1876 (S. 1876. 1. 415) maintiennent les actes faits dans des conditions de bonne foi par un tuteur nommé par un conseil de famille dont la délibération était nulle. On peut rapprocher de ces décisions un arrêt de la Cour de Cassation du 25 mars 1823 (P. chr., t. XVII, p. 994) qui a déclaré vis-à-vis des tiers de bonne foi les actes faits par un syndic irrégulièrement nommé. D'autres décisions ont validé des actes passés avec des tiers de bonne foi par un tuteur dont la nomination était irréprochable, mais pour lesquels l'autorisation du conseil de famille, qui était exigée, avait été consentie en vertu d'une délibération irrégulière (Cour de Cassation, 3 avril 1838, p. 38. 1. 451 ; Cour de Douai, 1^{er} août 1838, S. 1840. 2. 21 ; Cour de Nîmes » 12 mai 1838. P. 38, t. II, p. 430).

Sans doute ces arrêts ne se sont souvent référés que d'une manière très implicite à notre règle, ils l'ont même parfois complètement passée sous silence, mais il n'en est pas moins vrai que les solutions fournies sont en pleine concordance logique avec la maxime ; on peut donc, sans arbitraire, les considérer comme des applications de celle-ci. Le fait que les incapables sont *représentés* par une personne crée une situation apparente dont il serait injuste de ne pas faire bénéficier les tiers de bonne foi.

Il est même permis de se demander, croyons-nous, si l'on ne pourrait pas rattacher la théorie des co-tutelles de fait à celle de notre règle. On sait que si la mère s'est remariée sans avoir fait réunir le conseil de famille, elle se trouve en droit déchuë de la tutelle, mais que, la plupart du temps en pareil cas, elle la conserve en fait. Or, non seulement la mère reste responsable d'une gestion conservée sans titre, mais son mari est solidairement responsable avec elle de toutes les suites de cette tutelle (art. 395, al. 2). La jurisprudence fait même peser sur le mari les conséquences des actes de la mère tutrice, bien qu'ils soient antérieurs au mariage (Dijon, 16 juillet 1862, Dalloz, 1862. 2. 146. — Paris, 14 avril 1905). Cette solution ne peut-elle pas s'expliquer par la règle *Error communis* ? On répondra affirmativement si l'on pense, ce qui est forcé, que le fait par la mère d'avoir géré la tutelle crée une situation apparente génératrice d'erreur commune pour les tiers.

Si nous envisageons maintenant les rapports des tiers avec les incapables eux-mêmes, il nous reste à déterminer si l'erreur commune peut couvrir les actes faits par une femme qui n'aura pas été pourvue de l'autorisation maritale. Nous avons cité, dans notre chapitre historique, les passages où Pothier répond à cette question de la manière la plus affirmative. La doctrine a généralement adopté

la même manière de voir (1). Pratiquement la question se présente lorsque la femme, soit qu'elle ait recours à des manœuvres dolosives, telles qu'une autorisation par elle fabriquée, la production d'un faux acte de décès de son mari, la dissimulation de son mariage, soit qu'elle n'ait employé aucune fraude, a persuadé les tiers qu'elle était capable de s'obliger. La femme ayant ainsi, par sa manière de vivre ou par ses agissements, créé une situation apparente de capacité, n'est point fondée à se prévaloir du défaut d'autorisation; elle n'est pas recevable à exercer l'action en nullité contre les actes qu'elle a passés dans ces conditions avec des tiers de bonne foi.

Il reste à savoir si le mari se voit également refuser l'action en nullité, dans ces circonstances. Une distinction s'impose en vertu des principes généraux. S'il a participé à la fraude de sa femme, s'il a contribué avec elle, d'une manière quelconque, à induire le public en erreur, il conviendra de le traiter comme l'épouse elle-même et de lui dénier l'action en nullité. Si, au contraire, il est totalement étranger à la production de l'état apparent de capacité de la femme,

1. Toullier, t. II, nos 623 et 624. — Duranton, t. II, nos 462, 464, 495. — Demolombe, t. IV, nos 328 et 332. — Aubry et Rau sur Zachariæ, t. V, p. 168 texte et note 126; p. 169, texte et note 128.

il est juste qu'il ne souffre pas de ce que l'action en nullité est refusée à celle-ci, il ne devra pas être atteint dans la situation qu'il tient des conventions matrimoniales et c'est dans cette mesure qu'il pourra intenter l'action en nullité (1).

Ces solutions ont été affirmées en jurisprudence, ainsi que nous allons maintenant le montrer.

Un arrêt de la Chambre des requêtes du 30 août 1808 (P. chr., t. VII, p. 120) a statué dans l'espèce suivante. Le mariage du sieur Sainson-Taxis avec la princesse de Beauffremont avait été tenu secret jusqu'au jour du décès de celle-ci. Le mariage fut attaqué, mais déclaré valable. Or, durant sa vie, la dame Sainson-Taxis avait, sous le nom de dame de Beauffremont, contracté un certain nombre d'obligations. Son mari, se basant sur le défaut d'autorisation, en demanda la nullité. La Cour de cassation n'hésita pas à valider ces obligations, et sa décision fut motivée par cette considération que l'ignorance du mariage du demandeur avec la princesse de Beauffremont dans laquelle avait été tenu le public, résultait de la conduite même du demandeur ; c'était à ce dernier seul, disait l'arrêt, de se reprocher d'avoir induit le public dans une *erreur invincible* à cet égard.

1. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. V, p. 169. — Valabrègue, *loc. cit.*, p. 71.

Un arrêt de la Cour d'Agen du 8 novembre 1832 (S., 1832. 2 563) a statué de la même façon dans une hypothèse où le mariage avait été caché aux tiers par les deux conjoints.

Voici maintenant une espèce dans laquelle une femme avait très dolosivement la qualité de veuve. Le sieur Allard avait quitté sa femme et était demeuré absent pendant vingt-cinq ans, puis il était revenu. L'épouse, durant cette absence, se fit passer pour veuve, et persuada si habilement le public de la mort de son mari que l'erreur persista même après le retour de celui-ci que personne ne connut. Or, la dame Allard avait, en qualité de veuve, emprunté une dizaine de mille francs ; le prêteur réclama les intérêts ; les deux époux opposèrent alors le défaut d'autorisation. Mais le prêteur invoqua victorieusement l'erreur commune devant la Cour de Grenoble (23 décembre 1822. P. chr., t. XVII, p. 760). La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre cette décision (15 juin 1824. P. chr., t. XVIII, p. 799).

Cette jurisprudence ne s'est jamais démentie. Un arrêt de la Chambre des requêtes du 8 novembre 1905 (S., 1907. 1. 145 et la note de M. Hémar) a fait en cette matière un certain bruit dans le monde des juristes. L'espèce était juridiquement assez voisine de celle qui précède. Dans l'une comme dans l'autre, nous voyons une séparation de fait entre

époux. La dame Bernis, vivant séparée de son mari depuis plusieurs années sans qu'aucun jugement de divorce ou de séparation de corps soit intervenu, menait une existence absolument indépendante. Elle se présenta à la Société Générale, sous le nom de demoiselle Liénard, et effectua avec cette société diverses opérations de Bourse. C'est sous le même nom qu'elle était connue à son domicile. Bernis actionna la Société Générale en nullité des opérations faites par sa femme sans autorisation et en restitution des sommes par elle versées. Le tribunal de commerce de la Seine et la Cour de Paris, repoussèrent la demande de Bernis en insistant particulièrement sur ce fait que, pendant la longue absence de sa femme loin du domicile conjugal, il s'était constamment désintéressé de celle-ci et n'avait jamais exercé ni ses droits ni ses devoirs de puissance maritale.

Cette solution fut pleinement acceptée par la Cour de cassation dans l'arrêt précité. Lorsqu'une femme, y est-il dit, séparée de fait de son mari, a fait avec des établissements de crédit, sous son nom de fille, et sans faire connaître sa situation de femme mariée, des opérations de Bourse, la demande du mari en nullité de ces opérations pour défaut d'autorisation, et en restitution des sommes versées par la femme et qui proviendraient de la communauté, est à bon droit repoussée par les juges du fond, qui constatent que le

mari s'était, pendant de longues années, désintéressé des agissements de sa femme, *et qu'il avait ainsi, en facilitant par son indifférence les manœuvres frauduleuses employées par elle, induit les tiers en erreur sur la situation légale de sa femme.*

Il faut ajouter que la Cour de cassation avait en outre déclaré à la charge du mari l'existence d'un quasi-délit, consistant dans son inaction vis-à-vis de sa femme et le rendant non recevable dans son action. L'arrêt attaqué avait vu dans l'exercice de l'action de nullité par le mari un abus du droit de puissance maritale et il ajoutait que le mari avait donné à sa femme le mandat tacite de disposer des ressources qu'elle pourrait se procurer. Le tribunal avait, lui aussi, émis cette idée que l'indifférence prolongée du mari équivalait à une autorisation tacite. Ces constructions, d'ailleurs assez contestables en elles-mêmes (1), nous semblent surérogatoires. Pour que les décisions fussent justifiées, il aurait suffi aux magistrats de se référer à la règle *Error communis*. La situation apparente de capacité de la femme avait été créée et entretenue non seulement par celle-ci, mais par son mari lui-même. Les deux époux avaient induit les établissements de crédit en erreur ; ces établissements étaient par suite fondés à se prévaloir

1. Voir la note précitée de M. Hemard.

contre le mari, aussi bien que contre l'épouse, de la protection de notre maxime. L'arrêt de la Cour de cassation aurait pu, nous semble-t-il, se baser uniquement sur la règle *Error communis facit jus*. Il n'y a fait qu'une allusion, mais d'une telle importance et d'une telle netteté que nous pouvons dire qu'il en constitue une application.

L'erreur commune, dont nous venons de voir l'influence en ce qui concerne l'épouse agissant sans autorisation, couvre-t-elle également les actes accomplis par les autres incapables ? Les solutions dégagées doivent-elles être généralisées et étendues aux mineurs et aux interdits ? Il faut répondre affirmativement. Et telle était bien la pensée de Pothier qui disait : « Lorsque le public a un juste sujet de croire *qu'une personne a un état* que, dans la vérité, elle n'a pas, l'intérêt du commerce de la société civile exige que cette personne puisse faire valablement les mêmes actes qu'elle ferait si elle avait véritablement cet état ; autrement, l'erreur dans laquelle est le public sur l'état de cette personne troublerait le commerce et serait préjudiciable à toutes les personnes qui auraient affaire à elle (1) » Pothier ne distingue donc aucunement entre les incapables pour faire application de notre règle aux actes que des tiers de bonne foi,

1. *Traité de la puissance du mari*, 2^e partie, n° 28.

induits en erreur commune, ont passés avec eux.

Sans doute il conviendra, d'ailleurs, de n'admettre l'erreur commune, en ce qui concerne ces incapacités qu'avec beaucoup de discernement. Un jugement d'interdiction reçoit une publicité qui rend les tiers mal fondés à invoquer leur ignorance et leur erreur invincible. D'autre part la minorité est souvent indiquée par l'aspect physique.

Aussi ne sommes-nous pas étonnés de ne rencontrer aucune décision judiciaire qui ait appliqué notre maxime dans les rapports des tiers avec des mineurs ou des interdits. Cependant on pourrait rattacher logiquement à la règle *Error communis* des arrêts qui ont décidé que le mineur, n'étant pas restituable contre les obligations résultant de son délit ou de son quasi-délit (art. 1310), celui qui a frauduleusement postdaté une valeur qu'il a acceptée en vue de tromper les tiers sur sa capacité peut être condamné à en payer le montant au tiers porteur (1). Mais nous reconnaissons que cette hypothèse, qui rentre dans le domaine d'un texte précis, ne présente qu'une relation assez lointaine avec la règle dont nous nous occupons.

Pour conclure la présente section, nous pouvons

1. Paris, 10 juillet 1894. D. 95. 2. 25 note de M. Thaller, — Req., 15 novembre 1898. D. 99. 1. 439. — Req., 21 mars 1899. D. 99. 1. 192.

dire que la jurisprudence a fait, d'une manière plus ou moins expresse ou implicite, une assez abondante application de la maxime *Error communis* aux rapports des tiers de bonne foi avec les incapables.

SECTION III

Actes d'aliénation ou de constitution de droits réels émanés d'un propriétaire apparent

Cette troisième série d'application de la règle *Erros communis* est certainement la plus intéressante. Elle comprend la question classique des actes de l'héritier apparent et celle, beaucoup plus récente et plus actuelle, des hypothèques ou des aliénations consenties par une congrégation non autorisée, dissoute en vertu de la loi de 1901, ou par le prête-nom de cette congrégation.

Ces deux questions présentent une grande analogie au point de vue juridique. L'une et l'autre nous mettent en présence d'un titulaire apparent et d'un titulaire véritable du droit de propriété. Nous allons suivre l'évolution par laquelle la jurisprudence est arrivée, à l'aide de la notion d'erreur commune, à maintenir les actes passés par les tiers de bonne foi avec le titulaire apparent.

Ajoutons que les applications de notre maxime dont nous abordons l'étude présentent une importance théorique et pratique considérable. La jurisprudence attache, en effet, ici, à l'erreur commune, un effet vraiment translatif de droits réels. De toutes les conséquences déduites de notre règle, celle-ci est assurément la plus curieuse et la plus grave.

L'héritier apparent est la personne qui se trouve en possession d'une succession et qui passe aux yeux de tous pour en être le véritable maître. Non seulement cette personne administre les biens dépendant de la succession, mais elle en dispose. On découvre ensuite le véritable héritier, un parent plus proche, qui intente l'action en pétition d'hérédité ; ce dernier, s'il établit sa qualité, triomphera dans son instance. Mais il reste à savoir ce que deviendront les actes faits par l'héritier apparent pendant sa possession, et, notamment, quel sera le sort des aliénations par lui consenties ? L'acheteur sera-t-il évincé par le véritable héritier ou gardera-t-il, au contraire, le bien qui lui a été vendu par l'héritier apparent ? On suppose, bien entendu, que l'acquéreur a été de bonne foi, c'est-à-dire qu'il a ignoré l'existence du véritable héritier.

Ce problème n'ayant pas été tranché par la loi, c'est à la jurisprudence qu'il appartenait de le résoudre, en considération des principes généraux du droit et

des nécessités de la pratique. Or ces principes et ces nécessités militaient en faveur de solutions opposées.

D'une part c'est une règle indiscutable que nul ne peut conférer à autrui un droit qu'il n'a pas. L'héritier apparent était sans droit sur les biens dont il a disposé ; son absence de droit a été démontrée par le succès de la pétition d'hérédité ; les aliénations qu'il a consenties doivent donc disparaître. Le raisonnement était inflexible.

Mais, contrairement à cette dialectique impeccable, une nécessité pratique absolue commandait le maintien des actes passés par l'héritier apparent. Comment, en effet, anéantir les situations acquises par les acquéreurs de bonne foi longtemps, peut-être, avant que l'héritier véritable ne se soit présenté ? Les hommes d'affaires étaient unanimes à penser qu'il fallait maintenir les aliénations dont il s'agit (1).

Théoriquement, ce n'était pas là une mince difficulté. On ne pouvait se borner à émettre, en face de l'axiome *nemo dat quod non habet*, de vagues considérations d'utilité et d'équité.

Pour justifier le maintien des aliénations au profit des acquéreurs, il fallait reconnaître et expliquer chez l'héritier apparent un pouvoir de transmission.

Un certain nombre de tentatives ont été faites en ce

1. Demolombe, *Traité des successions*, t. II, n° 249.

sens par la doctrine (1). Nous n'avons pas à les examiner ici. Qu'il nous suffise de rappeler l'ingénieuse théorie de Demolombe (2), suivant laquelle l'héritier apparent serait le mandataire de l'héritier véritable et, par suite, les aliénations que le premier consentirait seraient valables au regard du second lui-même. Un tel système n'était guère admissible. Il était bien difficile de considérer comme un mandat tacite le silence du véritable héritier puisque celui-ci ignorait, du moins avant d'intenter la pétition d'hérédité, qu'il eût cette qualité.

La Cour de Cassation justifia d'abord le maintien des aliénations et des constitutions de droits réels consenties par l'héritier apparent, par des motifs tirés de la conception de la saisine collective (2). D'après cette théorie, la saisine appartiendrait à tous les parents appelés à la succession du *de cujus*, c'est-à-dire à tous les parents jusqu'au douzième degré. L'héritier le plus diligent qui s'est mis en possession de la succession l'administre à bon droit. La Cour suprême, se livrant à une déduction très hardie, faisait découler ensuite le droit de disposition du droit, d'administration.

1. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Traité des successions*, t. I, p. 572 et suiv., n^{os} 12, 33 et suiv.

2. *Successions*, t. II, n^o 241 et suiv.

2. Voir les trois arrêts du 16 janvier 1843. Dalloz 1843. I. 49 et 52.

Mais, à partir de 1877, la Cour de Cassation s'appuya sur d'autres fondements. L'idée de la saisine collective ne fit pas fortune, et l'on reconnut que la saisine n'est pas donnée à toute la parenté légitime à tous les degrés d'une manière collective, mais individuellement aux seuls héritiers qui se trouvent en rang utile pour succéder (1). Toute l'argumentation des arrêts de 1843, édifiée sur cette base, s'écroulait donc.

C'est alors que la notion de l'erreur commune se fit jour en cette matière d'une manière très ouverte.

Il s'agissait d'étayer cette solution que le légataire, appelé à la succession en vertu d'un testament inconnu au moment où l'hypothèque a été consentie par l'héritier apparent, n'est pas recevable à demander la nullité de cette hypothèque.

Le 21 mars 1877, un jugement du tribunal de Chinon mettait en relief l'influence de l'erreur commune et de la bonne foi (2).

Le tribunal écartait l'application de l'article 1599 sur la nullité de la vente de la chose d'autrui en disant que ce texte ne saurait viser que « les aliénations faites par ceux qui, sans titre ostensible, sans possession

1. L'idée de la saisine collective, émise en Allemagne par Zachariæ, et acceptée en France par Blondcau (*Séparation des patrimoines*, p. 652 et suiv.) se rattachait aux traditions sur la copropriété de famille. Elle n'est plus aujourd'hui soutenue par personne. — Cf. Planiol., *Droit civil*, t. III, n° 1935.

2. Dalloz, 1877. I. 429.

publique, sans droit quelconque absolu ou partiel, vendent des immeubles héréditaires à des tiers qui n'ont aucun motif ou qui n'ont pas de motif suffisant pour supposer que leurs vendeurs en sont légitimes propriétaires et dont la mauvaise foi ou l'imprudence méritent d'être punies de la nullité de leur titre d'acquisition. »

« Attendu, continue le jugement, qu'il en est tout autrement dans l'hypothèse d'une vente faite par une personne dont la qualité, la position, la conduite sur l'hérédité, la possession et les titres apparents l'ont *notoirement représentée* comme l'héritière du défunt..., attendu qu'il résulte de toutes ces considérations que la *possession publique notoire et non contestée* de la succession du défunt dans la personne de l'héritier apparent suffit pour protéger et rendre valables les actes faits entre cet héritier et les tiers qui ont traité avec lui de bonne foi. » Le tribunal ajoute avec raison que, si cette doctrine était rejetée, la stabilité de la propriété ne serait plus assurée, les transactions seraient paralysées, et le crédit public se trouverait profondément atteint.

La Cour d'Orléans, sur appel, confirme ce jugement et décida que les aliénations consenties par l'héritier apparent sont valables, pourvu qu'elles l'aient été « à des tiers de *bonne foi* ayant contracté sous l'empire de l'*erreur commune* ».

La Cour suprême rejeta le pourvoi dirigé contre cette décision et s'appuya expressément sur ce fait que les tiers, auxquels les immeubles héréditaires avaient été affectés hypothécairement « ont traité de bonne foi, sous l'empire de l'erreur commune, invinciblement produite par les circonstances, et contre laquelle aucune prudence humaine ne pouvait les prémunir » (Arrêt du 3 juillet 1877 ; D., 77.1.430).

Par conséquent la bonne foi des acquéreurs, l'erreur commune et invincible dans laquelle ils sont tombés les protège contre toute action. Ainsi que l'a dit M. Morin (1) l'*Error communis* a par elle-même un effet translatif. En d'autres termes, l'héritier apparent n'avait pas de droit sur le bien qu'il a vendu ; mais il était considéré, par suite d'une erreur commune, comme ayant un droit de disposition. Cette situation de fait équivaut au droit et tout se passera comme si l'acheteur, qui est de bonne foi, avait acquis *a domino*.

Cette argumentation sera désormais employée par tous les arrêts qui auront à statuer sur les actes de l'héritier apparent. La Cour de cassation a encore affirmé sa doctrine, qui semble définitive, dans l'affaire de la Boussinière, par arrêt du 26 janvier 1897 (D., 1900. 1. 33, avec une note de M. Sarrut).

1. *Loc. cit.*, p. 4.

Il est d'ailleurs entendu que les juges se réservent le droit d'apprécier les circonstances et de rechercher si les intéressés sont vraiment de bonne foi et peuvent invoquer la protection résultant d'une erreur commune (1). C'est là une question de fait à trancher d'après les circonstances particulières de chaque espèce. Mais la bonne foi des tiers, l'erreur commune et invincible étant constatées en fait, les actes de disposition de l'héritier apparent sont validés.

Cette jurisprudence est-elle vraiment une application de la règle *Error communis facit jus* ? M. Wahl (2) estime que la théorie même des actes de l'héritier apparent, telle qu'elle est consacrée par les tribunaux, est inconciliable avec la maxime. Le savant professeur considère que les arrêts n'invoquent que de vagues considérations d'ordre public et d'intérêt général et que, s'ils admettent que la validité des actes en question suppose une erreur commune, l'erreur commune n'est invoquée que comme simple condition de la validité.

Nous ne saurions accepter cette manière de voir.

1. Cass., 26 février 1867; Dalloz, 1867. 1. 75. — Cass., 4 août 1885; Dalloz, 1886. 1. 310. — Voir l'article de M. Charmont dans *la Revue critique*, 1902, p. 16 et suiv. — Loniewski, *loc. cit.*

2. Note au Sirey sous l'arrêt de la Chambre civile du 17 juillet 1907 relatif aux hypothèques sur les biens d'une congrégation (Sirey, 1907. 1. 403, 3^e col.).

Les arrêts nous semblent bien faire de la bonne foi et de l'erreur commune le fondement même de leur décision et la condition essentielle, nécessaire et suffisante de la validité des actes de l'héritier apparent.

M. Wahl ajoute que la Cour de cassation a fait état de textes spéciaux au titre des successions et il cite les arrêts des 16 janvier 1843 et 3 juillet 1877. Nous répondrons d'abord que les arrêts de 1843 se placent à une époque où la Cour suprême recourait à l'idée de la saisie collective pour justifier le maintien des actes de l'héritier apparent; il n'y a donc pas lieu de s'en occuper actuellement. Quant à l'arrêt de 1877, nous pensons que, si on le rapproche, ainsi que nous l'avons fait, de la décision frappée de pourvoi, il n'est pas douteux qu'une importance de premier ordre est attribuée à la bonne foi et à l'erreur commune. Enfin il est très manifeste, dans l'arrêt de 1897 (affaire de la Boussinière), que la bonne foi et l'erreur commune constituent les conditions suffisantes de la validité des actes dont il s'agit.

La règle *Error communis*, qui a servi à résoudre le problème de l'hérédité apparente, a été également utilisée pour trancher certaines difficultés soulevées par la liquidation des congrégations.

Un emprunt a été effectué par une congrégation non autorisée ou par une personne interposée (un congréganiste, un laïque, une société civile ou com-

merciale) qui sert de prête-nom à la congrégation. Une hypothèque a été consentie au créancier sur un immeuble détenu par la congrégation dissoute en vertu de la loi du 1^{er} juillet 1901. Le liquidateur actionne le créancier en nullité de l'hypothèque ou bien, le créancier ayant ouvert contre le liquidateur la procédure de saisie-immobilière, celui-ci fait opposition à la saisie.

L'hypothèque consentie par la congrégation ou par le prête-nom de celle-ci, c'est-à-dire par une personne qui n'a que l'apparence du droit de propriété, est-elle valable et doit-elle être maintenue ?

Telle est la question qu'eurent à résoudre les tribunaux.

Avant la loi de 1901, l'hypothèque était parfois maintenue grâce à la conception de la société de fait. On considérait qu'une association qui a fonctionné pendant un certain temps constitue une réalité dont les conséquences ne peuvent être éludées. On invoquait, en outre, certains textes du Code de commerce (notamment l'article 42 de la loi du 24 juillet 1867) aux termes desquels la nullité d'une société pour défaut de publicité n'est pas opposable aux tiers ; on étendait ces dispositions, par analogie, aux congrégations. Il était aisé de répondre, en premier lieu, que la question était précisément de savoir si le fait de la congrégation non autorisée était susceptible

d'engendrer des conséquences juridiques ; et, en second lieu, que les textes susvisés du Code de commerce ne s'appliquaient pas aux sociétés illicites (1). La jurisprudence antérieure à la loi de 1901 était d'ailleurs assez indécise en cette matière.

Quoi qu'il en soit, la théorie de la société de fait ne peut plus être soutenue, à propos des congrégations non autorisées, depuis la loi de 1901. L'article 18 de cette loi permet la revendication au propriétaire qui s'était autrefois dessaisi ; la raison en est que ce propriétaire est considéré comme ne s'étant pas valablement dessaisi ; or, si l'on admettait la possibilité de la constitution d'une société de fait derrière la congrégation, la revendication ne pourrait être admise. Il y a donc une incompatibilité certaine entre l'idée de la société de fait et la loi de 1901. M. Waldeck-Rousseau l'a mise en pleine lumière, à la Chambre, lors des travaux préparatoires (2).

D'autre part, le caractère rétroactif de la loi de 1901 résulte de son esprit général, qui est d'excepter les congrégations du droit de commun des associations, soit en ce qui concerne l'avenir, soit en ce qui concerne la situation de fait existante ; cette rétroactivité

1. Morin, *loc. cit.*, et les références indiquées.

2. Séance du 18 juin 1901. Débats parlementaires, Chambre, 1901, p. 1660.

résulte aussi de l'ensemble des dispositions qui règlent la liquidation des biens, laquelle s'applique aux biens existants comme aux biens à venir (1).

Sous l'empire de la loi nouvelle, la thèse de la société de fait ne pouvait plus être soutenue. Elle a été repoussée par un arrêt de la Cour de cassation du 26 juillet 1905 (2).

Il fallait cependant protéger les créanciers hypothécaires de bonne foi. La jurisprudence eut recours à la règle *Error communis facit jus*.

Un grand nombre de décisions jugèrent que les créanciers d'une congrégation, qui ont obtenu une hypothèque du propriétaire apparent (congréganiste, société civile ou tiers) sur un bien acquis pour le compte d'une congrégation non autorisée, peuvent faire valoir cette hypothèque dans la liquidation, à la condition qu'ils aient été de bonne foi, c'est-à-dire qu'ils aient cru, au moment de la constitution de l'hypothèque, que le constituant était le véritable propriétaire de l'immeuble. Ces décisions exigent, en outre, la condition de l'erreur commune, c'est-à-dire que le constituant de l'hypothèque soit considéré

1. La Cour de cassation a proclamé la rétroactivité de la loi de 1901 dans son arrêt du 8 février 1904 (S. 1905. 1. 17 ; D. 1904. 1. 17). — Voir la note de M. Chavegrin au Sirey, *loc. cit.*

2. *Gazette des tribunaux*, n° du 28 juillet 1905. — Cf. les conclusions de M. le procureur général Baudoin.

dans le public comme étant le propriétaire réel (1).

Toutes ces décisions admettent, expressément ou implicitement, l'application de la règle *Error communis*.

Il n'existe de divergences entre elles qu'en ce qui concerne les conditions précises de cette application (2).

Il est un point sur lequel elles se montrent unanimes : c'est que seule l'erreur de fait peut engendrer le droit. L'erreur de droit ne peut avoir ce résultat. Ainsi l'hypothèque est frappée de nullité si le créancier a contracté avec la congrégation elle-même ou avec une personne interposée dont il ne pouvait en fait ignorer le caractère. L'unique erreur du créancier serait, dans cette hypothèse, de croire qu'une congrégation n'a pas besoin d'autorisation pour contracter ou qu'elle peut être autorisée sans un acte du pouvoir législatif ; ce serait donc une erreur de droit. « Attendu, dit en ce sens un jugement du tribunal de la Seine du 4 mai 1905, que la seule erreur qui puisse couvrir l'irrégularité d'un acte est celle portant sur un fait ayant, malgré sa fausseté, présenté tous les caractères de la vérité et ayant été unanimement tenu

1. Toutes ces décisions sont citées par M. Wahl, dans sa note au Sirey sous l'arrêt de la Cour de cassation du 17 juillet 1907 (S. 1907. 1. 403, première colonne).

2. Morin, *loc. cit.*, p. 12-13.

pour vrai pendant un temps plus ou moins long (1). »

L'erreur qui peut équivaloir au droit est donc l'erreur de fait.

Mais que faut-il entendre par erreur commune ? C'est évidemment celle qui est partagée par la presque unanimité des individus et les décisions ajoutent qu'elle doit être aussi invincible, c'est-à-dire telle qu'il est à peu près impossible d'y échapper.

C'est dans l'appréciation de ces caractères de l'erreur que les décisions dont nous parlons se sont séparées. Les unes, telles que l'arrêt de la Cour de Paris du 12 juillet 1905, semblent s'attacher à un criterium plutôt subjectif et se demander si la perspicacité humaine pouvait ou non se défendre contre l'erreur (2). Les autres, telles qu'un arrêt de la même Cour du 25 janvier 1906, s'attachent à l'examen objectif des faits et recherchent si ceux-ci induisent ou non, par eux-mêmes, en erreur (3).

1. *Gazette du Palais*, 1905 . 2 . 119. — Dans le même sens, notamment, jugement du tribunal de la Seine du 19 juillet 1905, *Gazette du Palais*, 1905 . 2 . 158.

2. L'arrêt du 12 juillet 1905 (*Gazette du Palais*, 1909 . 2 . 158), s'exprime ainsi : « Attendu que X... a partagé l'erreur commune contre laquelle la prudence humaine ne pouvait le prémunir. »

3. L'arrêt du 25 janvier 1906 (*Gazette du Palais*, n° du 14 mars 1906) fait application de la maxime *Error communis* pour cette raison que, lors de la constitution de l'hypothèque, le prête-nom avait la détention incontestée des immeubles et que de nombreux prêts avaient été déjà faits dans les mêmes conditions.

Il y a même des décisions qui s'attachent à la fois aux deux criteriums. En réalité, les juges en recherchant l'erreur commune, tranchent une question qui rentre dans leur appréciation souveraine, et ils s'inspirent de toutes les circonstances des espèces qui leur sont soumises.

C'est seulement en 1907 que la Cour suprême eut à se prononcer en cette matière.

Elle le fit conformément à la jurisprudence que nous venons de rappeler. Sa décision fut basée sur la règle *Error communis* en même temps que sur des arguments puisés dans la loi de 1901 elle-même.

Il s'agissait de la liquidation de la congrégation du Verbe incarné. Par acte notarié du 1^{er} juillet 1891, M. Bouquet avait consenti à plusieurs religieuses de cette congrégation un prêt de 13.000 francs pour être employés par les emprunteuses à payer le solde du prix d'un immeuble qu'elles avaient acquis en 1885 des époux Forest. M. Bouquet avait été subrogé au privilège des vendeurs. Par un autre acte notarié du 25 novembre 1900, M^{lle} de Crussol d'Uzès avait prêté à la supérieure de la même congrégation la somme de 11.000 francs, garantie par une hypothèque sur un second immeuble contigu au premier et dont la supérieure était propriétaire apparente.

M. Fèvre fut nommé liquidateur de la congrégation conformément à la loi de 1901. Il fut assigné en reven-

dication par les religieuses. Mais le tribunal civil de Sancerre, estimant que, dans les actes d'acquisition qu'elles produisaient, celles-ci n'avaient pas eu l'intention de traiter pour leur propre compte, mais avaient voulu constituer par interposition de personnes un patrimoine congréganiste, débouta les demandeurs de leur action et décida que l'immeuble serait compris dans la liquidation (jugement du 30 décembre 1903). Les religieuses firent appel devant la Cour de Bourges. En même temps M. Bouquet et M^{lle} de Crussol d'Uzès demandèrent à être reçus comme intervenants et présentèrent des requêtes tendant à ce que, si le jugement était maintenu, il fût décidé que l'immeuble n'entrerait dans la liquidation que grevé du privilège et de l'hypothèque qui leur appartenaient. Le liquidateur s'en rapporta à justice sur la prétention de M. Bouquet, mais il conclut au rejet de celle de M^{lle} d'Uzès par le motif que l'hypothèque avait été consentie *a non domino*. La Cour de Bourges, par arrêt du 20 mars 1905, confirma le jugement, mais fit droit à l'intervention de M^{lle} d'Uzès et de M. Bouquet en décidant que les biens détenus par la congrégation ne seraient compris dans la liquidation qu'avec la charge du privilège et de l'hypothèque appartenant respectivement aux deux intervenants qui avaient acquis de bonne foi.

La Chambre civile de la Cour de cassation statua le 17 juillet 1907 (S. 1907. 1. 401 et la note de

M. Wahl ainsi que les conclusions de M. le procureur général Beaudoin).

Son argumentation fut la suivante. En instituant la liquidation en justice des biens que les congrégations non autorisées avaient détenus jusque là sous le couvert de prête-nom, la loi du 1^{er} juillet 1901 a entendu assurer la dispersion des biens en même temps que celle des personnes, sans toutefois que cette liquidation modifiât les situations juridiques antérieurement acquises aux tiers de bonne foi par rapport aux dits biens. En effet, une congrégation non autorisée, bien que dépourvue de toute personnalité civile, ne formait pas moins, avant sa dissolution, une collectivité d'individus qui, jouissant en commun des biens détenus, étaient responsables, envers les tiers et sur lesdits biens, des engagements auxquels leur communauté d'existence et d'intérêts pouvait donner lieu. Or les engagements dérivant de cette responsabilité collective ont été laissés à la charge de la liquidation tant par la loi du 1^{er} juillet 1901 que par les articles 3 et 5 du règlement d'administration publique près le 16 août 1901 pour l'exécution de l'article 18 de cette loi, les dits articles prescrivant au liquidateur de dresser le compte du passif de la congrégation aussi bien que de son actif, et de payer les dettes sur le produit des ventes qu'il réalise.

D'autre part, les aliénations accomplies avant la loi du 1^{er} juillet 1901 par les prête-noms de la congrégation sont opposables à la liquidation, sous la double condition que le prête-nom ait été revêtu d'un titre apparent qui lui attribuait tous les caractères d'un véritable propriétaire, et que les tiers acquéreurs aient traité de bonne foi avec le prête-nom comme s'il avait été réellement le maître de la chose aliénée.

Il n'en saurait être différemment en ce qui concerne les sûretés hypothécaires consenties par les mêmes propriétaires apparents, et dans les mêmes circonstances de bonne foi de la part des tiers, lorsque ces sûretés ont été créées comme accessoires des créances que la loi de 1901 a laissées ensuite à la charge de la liquidation.

Par suite un immeuble détenu par la congrégation entre dans la liquidation grevé, soit du privilège du vendeur auquel un créancier de la congrégation a été subrogé par les propriétaires apparents, soit de l'hypothèque consentie par les propriétaires apparents comme garantie d'un prêt qui leur a été fait, dès lors que les titres de ces créanciers sont réguliers et qu'il n'y a pas eu fraude, connivence ou dissimulation de leur part. Au contraire les privilèges ou hypothèques ainsi constitués ne seraient pas opposables aux légitimes propriétaires des biens grevés, si ceux-ci s'étaient révélés.

Ainsi, dans l'espèce, il s'agissait d'une hypothèque consentie par un propriétaire apparent, prête-nom de la congrégation, et le créancier avait ignoré que l'immeuble avait été acquis pour le compte de cette congrégation. Ces deux conditions, à savoir la bonne foi du créancier, la propriété apparente chez le constituant de l'hypothèque, conduisent au maintien de l'hypothèque qui doit être respectée par le liquidateur. Sans doute la Cour suprême ne fait pas expressément état de l'erreur commune, mais elle se réfère implicitement à la règle que nous étudions. Elle vise en effet, d'une manière très nette, le titre apparent qui attribue au prête-nom tous les caractères d'un véritable propriétaire. Qu'est-ce à dire, sinon que la propriété apparente engendre l'erreur commune, que l'apparence de la propriété crée l'erreur commune. Or la solution de la Chambre civile est que l'erreur commune et la bonne foi forment le titre constitutif d'un droit.

Les principes du droit, non moins que les textes, commandant de tenir pour nulle une hypothèque constituée par une personne qui n'est pas propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Cette solution, d'ailleurs unanimement reconnue, résulte de l'article 2124 du Code civil, d'après lequel, il faut, pour pouvoir hypothéquer, avoir la capacité d'aliéner, combiné avec l'article 1599 qui déclare nulle la vente de la chose

d'autrui. Cela résulte encore de l'article 2129 qui ne permet d'hypothéquer que les biens dont on est actuellement propriétaire.

Mais, ici encore, l'application rigoureuse des principes nuirait gravement à la sécurité des transactions et du crédit. Il est nécessaire de protéger les créanciers hypothécaires de bonne foi. Lorsqu'ils ont reçu leur garantie dans l'ignorance qu'ils ne traitaient pas avec le véritable propriétaire, lorsque leur erreur est produite par une propriété apparente et se trouve ainsi partagée par tout le monde, cette situation de fait équivaut à la situation juridique dont ils bénéficieraient s'ils avaient contracté avec le propriétaire véritable de l'immeuble hypothéqué.

Cette doctrine fut de nouveau affirmée dans l'arrêt de la Chambre des requêtes du 17 décembre 1907, à propos de la liquidation de la congrégation des pères du Sacré Cœur (S. 1908. 1.396). Le Crédit foncier et la Banque hypothécaire de France avaient fait à la Société immobilière de l'Indre, personne interposée de cette congrégation non autorisée, des prêts d'argent, garantis par hypothèques qui grevaient les immeubles détenus par la congrégation. L'arrêt rejette le pourvoi formé contre une décision de la Cour de Bourges et déclare opposables au liquidateur les hypothèques constituées dans ces conditions. La Chambre des requêtes reproduit l'argumentation de la Chambre civile.

Attendu, dit-elle, en ce qui concerne spécialement l'espèce, qu'au moment où ces prêts lui ont été consentis, la Société immobilière de l'Indre avait, au regard des tiers, le *caractère apparent d'une société régulière*, fonctionnant dans des conditions normales et légales; qu'elle administrait ses biens *comme un propriétaire non discuté* qui cherche à en accroître la valeur; qu'elle en jouissait en vertu de titres non contestés et en s'acquittant de toutes les charges qui les grevaient; qu'elle offrait donc aux établissements de crédit qui traitaient avec elle toutes les garanties d'un emprunteur dont la situation n'est ni précaire ni suspecte; enfin, que le Crédit foncier et la Banque hypothécaire n'ont effectué les prêts dont il s'agit qu'après s'être entourés de toutes les mesures de précaution habituelle.

L'application de la règle *Error communis* est bien claire. La Cour met en relief le fait de l'apparence de la propriété, lequel place les établissements de crédit dans un état d'erreur commune et invincible.

La jurisprudence est désormais bien fixée, depuis les deux arrêts de la Cour suprême que nous venons de rapporter, dans le sens du maintien des hypothèques constituées par une congrégation non autorisée, par un prête-nom ou par une personne interposée, lorsque le constituant de l'hypothèque se présente comme propriétaire apparent (1).

1. Notamment Paris, 7 décembre 1907 et Aix, 9 décembre 1907 (Sirey 1908. 2. 225 et la note de M. Wahl).

Il est même intéressant de noter que la règle *Error communis* a été consacrée, en dehors des difficultés relatives aux congrégations, pour toute personne à laquelle une hypothèque a été constituée par un propriétaire apparent.

La Chambre des requêtes, dans son arrêt du 20 juillet 1910, procédait très sensiblement et très logiquement à cette généralisation.

Voici dans quelles circonstances cette décision fut rendue :

A la date du 4 avril 1900 et suivant acte reçu par M. Vibert, notaire à Tournon, le 23 juin 1900, transcrit le 16 juillet au bureau des hypothèques de cette ville, le sieur Maujan avait acquis en son nom personnel du sieur Batin la chute d'eau dite le Saut-du-Clozal et un terrain dit le Barry, situés dans la commune de Saint-Barthélémy-le-Plein. L'arrêt de la Cour de Nîmes du 21 décembre 1908, qui était déféré à la Cour suprême, constatait que le dit acquéreur était, en vertu d'un titre régulier, investi à l'égard des tiers de bonne foi, de tous les caractères de véritable propriétaire de la chute d'eau dont il s'agit et qu'un sieur Durupt était réellement créancier du montant de l'obligation hypothécaire souscrite à son profit par acte notarié du 2 août 1906, avec inscription sur les immeubles litigieux affectés à sa garantie. L'arrêt attaqué déclarait, en outre, que la qualité de Durupt

d'actionnaire de la Société des mines de Saint-Barthé-
lémy-le-Plein et sa présence à une assemblée générale
du 25 novembre 1905 ne démontraient pas que
Durupt ait su que le Saut du Clozal appartenait à cette
société et non à Maujan. Dans ces circonstances de
fait, la Cour de Nîmes avait déclaré opposables à la
Société, dont Benoist est le liquidateur, les sûretés
hypothécaires consenties par Maujan à Durupt.

La Chambre des requêtes repoussa le pourvoi par
le motif suivant :

Attendu que les hypothèques consenties par le proprié-
taire apparent d'un immeuble, en vertu d'un titre régulier,
sont valables et conservent effet au profit des créanciers
de bonne foi vis-à-vis du propriétaire véritable.

Ainsi la formule est aussi générale que possible.
Elle embrasse les rapports de tous les créanciers hypo-
thécaires de bonne foi avec tous les propriétaires
apparents et tous les propriétaires véritables et elle
décide que l'apparence de la propriété, ce qui veut
dire l'erreur commune, puisque celle-ci est la consé-
quence inévitable de celle-là, doit faire valider
l'hypothèque constituée dans des conditions juridiques
irrégulières.

Les solutions précédemment indiquées en matière
d'hypothèques sont évidemment applicables en matière
d'aliénation. La bonne foi et l'erreur commune ont les

mêmes conséquences. La jurisprudence n'a pas manqué de le reconnaître.

L'article 18 de la loi du 1^{er} juillet 1901 impose la liquidation en justice des biens détenus par les congrégations non autorisées lors de la promulgation de cette loi. Par suite les actes d'aliénation des biens intervenus après la mise en vigueur de la loi sont inopposables au liquidateur et doivent être considérés comme nuls et non avenue. Mais, ici comme ailleurs, les tiers avec lesquels ces actes ont été passés peuvent se prévaloir, le cas échéant, de leur bonne foi et de l'erreur commune et invincible. C'est ce qui a été reconnu, au moins implicitement, par deux arrêts de la Chambre des requêtes en date du 7 juillet 1909 (1).

La première affaire était celle de la Ville de Bordeaux contre la liquidation des frères de la Société de Marie. Les immeubles détenus par la congrégation non autorisée avaient été expropriés par la Ville. La Ville avait cru pouvoir effectuer le paiement de l'indemnité d'expropriation entre les mains du supérieur de la Société de Marie. M. Duez, nommé liquidateur de la congrégation, assigna la Ville pour voir dire que le paiement qu'elle avait fait dans ces conditions n'était pas libératoire et qu'elle devait payer à la liquidation l'indemnité représentative des immeubles expropriés.

La Ville de Bordeaux alléguait notamment, qu'elle

1. D. 1909. 1. 548

devait être couverte par la maxime *Error communis facit jus*, puisque, non seulement elle se serait trompée de bonne foi, mais que son erreur aurait été partagée par les pouvoirs publics et les tribunaux.

Le tribunal civil de la Seine estima que deux avis solennels du Conseil d'État, visant d'une manière précise et spéciale la Société de Marie, et ayant reçu une large publicité, ayant proclamé formellement l'inexistence juridique et le défaut d'autorisation légale de cette congrégation, et qu'en outre un arrêt de la Cour de cassation et plusieurs arrêts de Cours d'appel ayant déterminé la situation exacte de congrégations analogues, l'erreur commune invoquée par la Ville de Bordeaux ne se trouvait pas établie. La Cour de Paris considéra de même que la congrégation n'avait pas, dans les circonstances de l'espèce, conservé la capacité putative que la Ville alléguait.

La Chambre des requêtes rejeta le pourvoi formé contre cette décision.

Il n'y a d'erreur commune, dit-elle, qu'autant qu'il a été impossible aux parties de connaître la vérité. Or l'erreur commune invoquée par la Ville n'est pas établie, ainsi que l'ont constaté les juges du fond. En conséquence la Ville est condamnée à payer entre les mains du liquidateur l'indemnité d'expropriation.

Le second arrêt de la Chambre des requêtes fut rendu le même jour dans l'affaire du mont-de-piété de Bordeaux contre Duez, liquidateur de la même

congrégation de la Société de Marie. Un contrat d'acquisition d'immeubles avait été conclu entre le mont-de-piété et le supérieur de la congrégation. Pour faire maintenir la vente à son profit, le mont-de-piété prétendait qu'il avait pu, sous l'empire d'une erreur commune et invincible, croire la Société de Marie capable de la consentir.

La Cour s'exprime en ces termes :

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que le mont-de-piété de Bordeaux ne pouvait ignorer l'inexistence juridique de la Société de Marie et par suite son incapacité ; que, d'ailleurs, l'arrêt ajoute que cette inexistence juridique avait été spécialement proclamée par deux avis du Conseil d'État des 16 juin 1881 et 16 janvier 1901 qui avaient reçu une large publicité ; que les débats retentissants qui s'étaient produits en mai 1901, lors de la préparation entre les parties de cette convention, et l'attitude de la congrégation, qui cherchait visiblement le moyen de soustraire les immeubles litigieux à la liquidation, en vue d'un refus d'autorisation qu'elle craignait, devaient éveiller les présomptions des administrateurs du mont-de-piété et les mettre en garde ; que l'arrêt attaqué n'encourt aucune critique pour avoir, en suite de ces constatations, déclaré l'établissement demandeur en Cassation mal fondé à prétendre qu'il avait agi sous l'empire d'une erreur invincible... (1).

Ainsi, dans les deux décisions précédentes, la Cour de cassation est très formelle. Les tiers avec lesquels des actes d'aliénation ont été passés ne peuvent se prévaloir de l'erreur commune, relative à l'existence juridique de la congrégation, qu'autant qu'il leur a été impossible de connaître la vérité. La consécration de la règle *Error communis* se trouve faite, *a contrario*, de la façon la plus certaine. En décidant que l'erreur alléguée par le tiers qui avait contracté avec la congrégation depuis la mise en vigueur de la loi du 1^{er} juillet 1901 ne présentait pas les caractères de l'erreur commune et invincible, la Cour suprême indique clairement que, si l'erreur avait présenté ces caractères, elle aurait permis au tiers d'opposer l'aliénation au liquidateur.

CHAPITRE III

JUSTIFICATION DE LA RÈGLE

La jurisprudence, nous l'avons vu, n'a guère cherché à justifier la règle *Error communis facit jus*. Elle l'a purement et simplement appliquée, parfois même d'une manière implicite et en la sous-entendant. Elle l'a recueillie dans la tradition pour la faire jouer dans des hypothèses analogues à celles d'autrefois ou pour l'adopter à des hypothèses nouvelles. Mais elle n'a pas tenté — et ce n'était d'ailleurs pas là son rôle propre — de lui trouver une explication juridique ou philosophique. Cette tentative n'avait du reste été faite ni par le droit romain, ni par les auteurs ou les Parlements de notre ancienne France, ni par le Conseil d'État dans son célèbre avis de 1807.

Tout au plus, rencontre-t-on dans les décisions doctrinales et jurisprudentielles, cette affirmation indubitable que notre maxime repose sur des motifs supérieurs d'équité, sur la nécessité d'assurer la sécurité des situations acquises, du crédit des transac-

tions. Rien n'est plus exact. Notre règle présente une utilité évidente. Elle corrige opportunément la rigueur des principes du droit.

Mais on ne peut s'en tenir à cette considération d'un ordre si général et même si vague, d'après laquelle la règle se justifierait par son utilité même.

La notion d'utilité est assurément très importante, mais elle n'est pas la seule dont il faille tenir compte dans la science du droit. L'idée de justice doit avoir sa place. Or, est-il juste, d'après les principes généraux, qu'un propriétaire véritable, par exemple, se voit refuser l'action en revendication d'un bien qui a été aliéné par un propriétaire apparent ?

Nous devons donc rechercher s'il y a, pour admettre en cas d'erreur commune et de bonne foi des tiers, l'équivalence du fait et du droit, des raisons d'ordre proprement juridique.

Des deux théories qui ont été émises en vue de la justification de notre règle, l'une, qui a été particulièrement défendue par M. Loniewski et que nous appellerons la théorie de la croyance commune, nous paraît devoir être écartée comme insuffisante ; l'autre qui se base sur l'idée de responsabilité et qui a été soutenue par M. Morin, nous semble contenir la solution juridique et rationnelle du problème dont il s'agit.

PREMIÈRE SECTION

Théorie de la croyance commune

M. Loniewski (1) accepte sans discussion que l'erreur commune couvre l'irrégularité d'un acte dressé par un officier public dans des conditions irrégulières ou qu'elle fasse admettre l'équivalence de la capacité putative et de la capacité réelle. Sur ce point, il se borne à invoquer la tradition.

Tout son effort tend à expliquer que l'erreur commune conduite au maintien des actes de disposition d'un propriétaire apparent, ce qui est en effet le résultat le plus grave et le plus intéressant de notre règle. L'auteur raisonne uniquement à propos de la question de l'héritier apparent. La jurisprudence relative aux actes émanés des prête-noms des congrégations n'était pas encore formée à l'époque où il écrivait son ouvrage. Mais étant donné l'analogie juridique des deux questions, son argumentation eût été la même pour la seconde.

M. Loniewski, usant d'abord d'une méthode négative, se livre à la réfutation de la grosse objection dirigée contre la maxime *Error communis*.

1. Thèse précitée, chap. II. Fondement de la maxime, p. 42 et suivantes et les pages 89 à 92 et 185 à 227. — Voir une analyse de la conception de Loniewski dans l'article de M. Morin (*Annales de la Faculté d'Aix*, loc. cit., p. 18 et suiv.

La validité des actes du propriétaire apparent se heurte à la règle : *Nemo dat quod non habet*. Il convient donc de chercher s'il y a une opposition véritable et fondamentale entre cette règle et la maxime *Error communis* : quel est le sens exact de l'adage *Nemodat* ?

Une première conception l'envisage comme impliquant une identité de situation dans les actes juridiques entre l'ayant-cause et son auteur. On ne peut nier qu'il y ait des situations dans lesquelles l'ayant-cause ait, en vertu de textes formels, des droits que n'avait pas son auteur. Ainsi, aux termes de l'article 958 du Code civil, la révocation d'une donation pour cause d'ingratitude ne préjudicie ni aux aliénations faites par le donataire, ni aux hypothèques et autres charges réelles que celui-ci aurait consenties sur l'objet de la donation, pourvu que le tout soit antérieur à l'inscription de l'extrait de la demande en révocation en marge de la transcription prescrite par l'article 939. Dans ce cas, le tiers, ayant-cause du donataire, a donc un droit que n'avait point son auteur, puisque les aliénations ou les droits réels qui lui ont été consentis sont maintenus, bien que le donataire ait cessé, par suite de la révocation, d'avoir aucun droit sur les biens objets de ces aliénations ou de ces droits réels. La même observation doit être faite dans l'hypothèse de l'article 710 du Code de procédure civile. D'après l'aliéna premier de ce texte, l'adju-

dication ne transmet à l'adjudicataire d'autres droits à la propriété que ceux appartenant au saisi : « Néanmoins, dispose l'alinéa 2, l'adjudicataire ne pourra être troublé dans sa propriété par aucune demande en résolution fondée sur le défaut de paiement du prix des anciennes aliénations, à moins qu'avant l'adjudication la demande n'ait été notifiée au greffe du tribunal où se poursuit la vente. » Mais ces textes, accordant à l'ayant-cause plus de droit que n'en avait l'auteur, ont un caractère exceptionnel et leur solution ne saurait être étendue à des hypothèses non prévues par la loi. En dehors de ces dispositions légales dérogatoires à la règle *Nemodat*, celle-ci s'impose absolument.

Mais une autre conception s'est dressée contre celle-là. D'après M. Lévy (1), E. Loniewski (2) M. Morin (3), il est absurde de dire que l'acquisition du droit de propriété par celui qui traite avec un *non dominus* constitue une exception à la règle *Nemodat*. La loi ne peut faire, même exceptionnellement, que celui qui n'a rien puisse donner quelque chose, et surtout qu'il puisse conférer un droit aussi absolu que

1. Lévy, *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*. Thèse de Paris, 1896, p. 88 et suiv.

2. Loniewski, Thèse précitée, p. 202.

3. Morin, *la Sécurité des acquéreurs de bonne foi et les droits du véritable propriétaire dans les transactions immobilières*. Thèse de Paris, 1902, p. 48 et suiv.

la propriété. Il n'appartient pas au législateur de supprimer les faits. Il ne peut pas plus faire que l'on donne ce que l'on n'a pas qu'il ne peut violer les règles de la numération. La maxime *Nemodat* ne comporte donc aucune exception. Par suite, on ne peut y voir le fondement de la transmission des droits. Cet adage n'est que la traduction, en langage vulgaire, de ce résultat pratique ordinaire, mais nullement nécessaire, des actes juridiques, à savoir l'identité de situation entre l'ayant-cause et l'auteur. Logiquement, il n'est donc pas permis d'invoquer la règle *Nemodat* contre la validité des actes d'un propriétaire apparent.

Le terrain était ainsi déblayé, il s'agit de démontrer d'une manière *positive*, que l'acquéreur de bonne foi doit être protégé par l'erreur commune et voir valider les actes qu'il a passés avec le *non dominus*, propriétaire apparent.

Dans ce but, M. Loniewski met en œuvre la théorie de M. Lévy suivant laquelle la croyance commune est le fondement de l'acquisition des droits (1).

Tout droit repose sur une croyance sociale. Si l'on envisage la société au point de vue dynamique, dans le cours de son développement, toute l'évolution se résume dans un perpétuel déplacement des droits

1. Lévy, thèse précitée et *Revue critique ; Responsabilité et contrat*, 1899, p. 36 et suiv. — *Revue trimestrielle du droit civil*, 1903, p. 95 et suiv. — *L'Affirmation du droit collectif*.

dans une continuelle violation des droits acquis sous l'influence de la conscience collective qui abolit les droits de même qu'elle leur donne naissance. La suppression de l'esclavage, de la féodalité, est une table rase faite des droits acquis du propriétaire d'esclaves ou du propriétaire féodal (1). Le droit est donc essentiellement relatif ; il suit les transformations de la croyance sociale, lesquelles sont, elles-mêmes, les expressions des besoins changeants.

Si l'on considère, d'autre part, la société au point de vue statique, à un moment donné de son évolution, par exemple, dans notre législation actuelle, il n'est pas difficile de s'apercevoir encore que le droit repose sur la croyance sociale. Les dispositions légales et les décisions jurisprudentielles obéissent aux nécessités de la confiance et du crédit (2). Dans ce deuxième sens, la croyance est le fondement philosophique du transfert des droits entre individus, dans un état législatif déterminé.

Que résulte-t-il de cette conception ? C'est que la confiance, la croyance commune se trouve à la base du droit de celui qui a acquis à *non domino*, quand il a été de bonne foi.

Mais la croyance dont il s'agit ici n'est pas la croyance collective, base du droit objectif et de notre

1. Lévy, *l'Affirmation du droit collectif*, loc. cit., p. 24.

2. Lévy, *Responsabilité et contrat*, loc. cit., p. 361 et suiv.

ordre successoral, laquelle est en faveur de l'héritier véritable.

« Donc, dit M. Morin (1), si l'on veut rattacher la maxime *Error comunis facit jus*, envisagée comme procédé de transfert des droits, à la théorie de M. Lévy sur la croyance, il faut dire que cette maxime symbolise non pas la croyance collective, fondement du droit objectif, mais le besoin de croyance, c'est-à-dire de confiance dans les transactions, en d'autres termes les exigences du crédit. C'est seulement à cela que se ramène le rattachement de l'adage aux idées de M. Lévy. Et la démonstration n'est, dès lors, pas très avancée. Car les effets, que la jurisprudence attribue à la maxime, ne sont pas *juridiquement* expliqués, parce que l'on a reconnu que les besoins du crédit les justifiait *économiquement*.

M. Loniewski (2) n'a donc pas expliqué grand chose lorsqu'il s'est référé à l'idée de la croyance commune développée par M. Lévy. Il le sent d'ailleurs lui-même puisque, à cette théorie de la croyance, il ajoute ce pseudo-argument : « Si le véritable héritier perd ses droits, c'est, selon toute vraisemblance, parce que l'acquéreur de l'héritier apparent acquiert

1. La sécurité des tiers et la maxime *Error communis facit jus* (*Annales de la faculté d'Aix*, 1906, p. 23).

2. *Loc. cit.*, p. 89 à 92, 209 à 217.

les siens (1). » Cela ne justifie nullement la perte par le véritable héritier des droits qu'il a acquis.

En somme, la théorie que nous venons d'examiner encourt trois critiques qui la ruinent complètement.

En premier lieu, elle se fonde sur le besoin de confiance dans les transactions ; nous l'avons vu, c'est à cela que se réduit, en dernière analyse, la notion de croyance commune en notre matière. La nécessité d'assurer la sécurité des transactions et du crédit, voilà donc quel serait le fondement de la règle *Error communis*. Mais, alors, cette théorie n'est que la traduction en langage d'allure philosophique des sentiments d'équité et des considérations générales d'utilité que nous rappelions au début de ce chapitre.

La théorie proposée ne nous apporte par conséquent aucune justification scientifique de notre maxime, c'est-à-dire qu'elle ne la lie pas à un système de notions juridiques et rationnelles.

Enfin, cette théorie contient une simple pétition de principes. En effet, elle prétend expliquer que l'erreur commune fasse maintenir les droits que l'acquéreur de bonne foi tient du non propriétaire. Or, elle répond par l'idée de croyance commune, c'est-à-dire par l'idée même d'erreur commune. Cette dernière n'est autre chose qu'une croyance de la collectivité. Ce n'est pas

1. Loniewski, *loc. cit.*, p. 89.

en la présentant sous un autre nom et sous une autre forme qu'on rend compte de ce qu'elle devienne une source de droit. Le problème n'est pas résolu, mais posé en d'autres termes.

SECTION II

Théorie de la responsabilité

M. Morin (1) pose ainsi le problème. Il consiste à trouver « une explication de la suppression du droit acquis du propriétaire véritable, suppression qui permettra au tiers de bonne foi d'acquérir en vertu de la maxime *Error communis facit jus*. »

M. Morin se livre à l'analyse suivante. Le tiers acquéreur a été victime d'une erreur. Le dommage causé par l'erreur n'est pas mis à la charge de la victime, mais à la charge du véritable propriétaire. En d'autres termes, le véritable propriétaire est juridiquement responsable de l'erreur. Car la responsabilité juridique consiste précisément dans l'obligation pour une personne de réparer un dommage subi par une autre personne. La perte de la revendication est la sanction de la responsabilité du vrai propriétaire.

Quel est le fondement de cette responsabilité ?

1. *Annales de la Faculté d'Aix*, loc. cit., p. 25 et suiv.

D'après M. Lévy (1), le propriétaire véritable a trompé, par action ou par omission, la confiance dont autrui avait besoin. « Or, dit-il, les autres sont responsables envers nous dans la mesure où nous avons besoin d'avoir confiance en eux pour agir. » La responsabilité du propriétaire repose donc sur un manquement à l'obligation générale de ne pas tromper la confiance nécessaire à l'entretien des relations sociales.

M. Morin accepte cette conception de M. Lévy, mais il la développe et la précise en s'efforçant de qualifier juridiquement la responsabilité du véritable propriétaire. On ne peut évidemment pas dire que celui-ci ait commis la faute de l'article 1382. Car il n'existe entre lui et l'erreur du tiers aucun lieu de causalité. Dès lors, M. Morin cherche à rattacher cette responsabilité à la notion du risque et à celle de l'abus du droit. Il s'adresse tantôt à l'une, tantôt à l'autre.

En premier lieu, il y a des cas dans lesquels on peut considérer que le non exercice de ses droits par le véritable propriétaire a créé un risque pour le crédit public. Sa responsabilité est alors celle du risque créé, analogue à la responsabilité des accidents du travail qui pèse sur le chef d'entreprise en vertu de

1. Responsabilité et contrat, *loc. cit.*

la loi du 9 avril 1898. C'est la responsabilité des cas fortuits.

D'autre part, il y a des cas dans lesquels l'inaction du véritable propriétaire peut être regardée comme illicite. C'est alors la théorie de l'abus du droit qui entre en jeu. Les droits ne sont pas absolus, ils ne sont pas des frères en soi, mais des moyens pour atteindre un but. Si le titulaire d'un droit détourne ce droit de sa destination, l'exercice en est abusif. « Donc, conclut M. Morin (1), quand la jurisprudence fait perdre son droit au propriétaire véritable, parce qu'il ne l'a pas exercé, alors qu'il le pouvait, elle consacre un résultat identique au fond à celui qu'elle adopte lorsqu'elle reconnaît un abus de droit. La différence apparente, c'est que le propriétaire est allé en deçà de son droit au lieu d'aller au delà. Mais c'est le cas de dire que les extrêmes se touchent. »

M. Morin applique ensuite son argumentation dans le domaine de l'héritier apparent et dans celui des hypothèques consenties par le prête-nom d'une congrégation.

Voici d'abord l'hypothèse d'une aliénation consentie par un héritier apparent à un acquéreur de bonne foi. L'héritier véritable n'a pas pris possession de l'hérédité qui lui revenait. Si aucune négligence ne

1. *Loc. cit.*, p. 17.

peut lui être imputée (par exemple si le testament qui l'institue légataire n'a pas été produit ou si la possession des biens héréditaires a été attribuée par les juges, en vertu d'un testament falsifié, à un individu sans droit), sa responsabilité provient du risque que son inaction a créé pour le crédit public. Si, au contraire, l'héritier véritable n'a pas donné de ses nouvelles, sans autre raison que son indolence ou son caprice, son inaction est illicite, et sa responsabilité proviendra de l'abus du droit qu'il exercerait tardivement en intentant la pétition d'hérédité.

Passant à l'hypothèse d'une hypothèque consentie par le prête-nom d'une congrégation au profit d'un créancier victime d'une erreur commune, M. Morin raisonne de la manière suivante. Le propriétaire véritable qui sera tenu de respecter la constitution d'hypothèque sera soit le donateur de l'immeuble, soit un congréganiste ou l'ensemble des congréganistes, soit l'État. Or, le maintien de l'hypothèque se justifie dans tous ces cas. Considérons d'abord le donateur qui revendique l'immeuble hypothéqué. Son acte de donation a paru le dépouiller au profit du prête-nom de la congrégation. Mais cet acte ostensible n'est pas conforme à la réalité ; ayant donné à un incapable, il a conservé la propriété. Il y a ici une analogie avec la théorie des contre-lettres (art. 1321 C. civ.). L'acte ostensible

vaut seul à l'égard des tiers à cause du risque qu'il constitue pour le crédit public. Il en sera de même ici. En second lieu, le propriétaire véritable est un congréganiste ou tous les congréganistes (comme ayant droit au reliquat de la masse liquidée); en mettant à la disposition du prête-nom un immeuble qui a été grevé d'hypothèque, ils ont créé un risque pour les créanciers; ils en sont responsables et perdent en conséquence la revendication. Enfin, si c'est l'État qui se trouve en face des créanciers, on peut dire que l'État a tendu un piège, pour ainsi parler, au crédit public en laissant vivre juridiquement et contracter avec les tiers un organisme qu'il devait plus tard anéantir. Le non exercice du droit de dissolution de l'État équivaut à un abus de droit.

Ce système est assurément très ingénieux. Il semble même qu'il pourrait être utilisé, en dehors du terrain des aliénations ou des constitutions de droits réels par un propriétaire apparent, en ce qui concerne les applications de la maxime *Error communis* aux rapports des tiers de bonne foi avec les incapables. On pourrait dire que l'incapable qui a laissé croire ou fait croire qu'il était capable, a fait de deux choses l'une : ou bien il a créé par son attitude passive un risque pour le crédit, ou bien il abuse de son droit de demander la nullité d'un acte passé malgré son incapacité, s'il a par ses manœuvres ou par son

inaction calculée induit lui-même les tiers en erreur.

Il est même curieux de noter que, dans l'affaire Bernis contre la Société générale, que nous avons étudiée, la Cour de Paris semble s'être ralliée à la thèse de l'abus du droit. Elle a, en effet, considéré que le mari méconnaît les droits et les devoirs qu'engendre la puissance maritale et abuse de l'exercice de cette puissance quand, après avoir vécu de longues années séparé de sa femme et s'être désintéressé de son sort, il prétend poursuivre la nullité d'un acte accompli par elle hors des limites de la capacité de l'épouse. La Cour de cassation qui a statué dans la même affaire et adopté la même solution (arrêt du 8 novembre 1905) se serait plutôt rattachée à la conception d'un risque créé par l'attitude indolente du mari ; elle a estimé qu'en facilitant par son indifférence les manœuvres de la femme, celui-ci avait lui-même commis un quasi-délit le rendant non recevable à se plaindre de faits qui engagent sa responsabilité personnelle.

Ces décisions de la jurisprudence sont donc, dans une certaine mesure, des consécration de la théorie de la responsabilité.

Cette théorie nous semble du reste pouvoir être étendue aux hypothèses dans lesquelles nous avons vu valider des actes irrégulièrement dressés par un officier public. Lorsqu'un notaire a été appelé à ses

fonctions malgré sa qualité d'étranger ou son défaut d'âge, c'est l'état qui, par sa nomination, s'est rendu responsable de la situation ; la puissance publique abuserait de son droit si elle tenait pour non avenu l'acte dressé dans ces conditions. De même, lorsqu'un témoin incapable a figuré dans un acte, la personne qui aurait, rigoureusement, le droit de demander la nullité de l'acte, abuserait de ce droit si elle prétendait le faire valoir après avoir laissé s'établir ainsi cette situation irrégulière ; on peut penser qu'elle commettrait cet abus même si elle avait ignoré l'incapacité du témoin, car elle se trouve en face d'une situation acquise dont l'anéantissement pourrait causer des troubles graves dans les fortunes privées.

En somme, la théorie de la responsabilité nous semble propre à expliquer, d'une manière générale, l'acquisition d'un droit par le tiers de bonne foi qui a traité, en considération d'une certaine situation apparente, ou qui a été placé par cette situation dans un état juridique déterminé. Il nous a suffi d'appliquer la conception de M. Morin aux hypothèses que celui-ci n'avait pas visées pour nous rendre compte qu'elle constitue une explication générale de la règle *Error communis facit jus*.

La seule objection sérieuse qu'on pourrait diriger contre ce système serait tirée de l'incertitude de ses prémisses. L'idée de la responsabilité dérivant, en dehors de toute faute, de la création d'un risque, est

loin d'être universellement acceptée par les juriscultes. D'autre part, on sait quelles critiques a suscitées la théorie de l'abus du droit. En abordant ici ces controverses, nous dépasserions les limites de notre sujet.

Si l'on n'admettait pas que la responsabilité pût être liée à la simple création d'un risque ou qu'un individu pût abuser d'un droit, nous craindrions fort qu'on en fût réduit à justifier notre maxime par la seule équité et la seule utilité. En tout cas, il faudrait alors imaginer autant d'explications juridiques qu'il y a d'hypothèses dans lesquelles la règle s'applique. Ce résultat serait peu conforme aux desiderata de la science qui consiste à formuler dans une loi générale l'explication des faits particuliers.

Pour notre part, nous admettons qu'il peut y avoir responsabilité pour un individu sans qu'il y ait eu de sa part aucun manquement à une obligation préexistante ; cette responsabilité est la conséquence d'un risque qu'il a créé. C'est ainsi que le chef d'entreprise est responsable, dans le système du risque professionnel établi par la loi de 1898, des accidents survenus à ses ouvriers, sans qu'il ait contrevenu à aucune obligation. D'autre part nous admettons qu'il y a abus du droit partout où un droit se trouve exercé d'une façon anormale, contraire à sa destination économique ou sociale. Ces propositions, dont la démonstration

ne rentre pas dans l'objet de notre travail, fondent solidement la règle *Error communis facit jus*.

Si l'apparence, génératrice de l'erreur commune, a la valeur du droit lui-même, c'est que celui qui pourrait demander la nullité d'un acte ou d'un contrat s'en voit empêché juridiquement d'une manière ou d'une autre. Ou bien il est responsable, au sens que nous avons défini, de la situation apparente sur la foi de laquelle l'acte a été passé ; ou bien il exercerait son droit de demander l'annulation d'une manière contraire à la destination sociale de ce droit, c'est-à-dire qu'il en abuserait.

Les principes du droit s'unissent donc aux nécessités pratiques pour justifier notre règle qui apparaîtrait ainsi également juste et utile.

CONCLUSION

Nous croyons avoir pris une connaissance complète de la règle de droit contenue dans la maxime *Error communis facit jus*.

Nous avons vu cette règle, si éminemment protectrice de la sécurité sociale, mise en œuvre par le droit romain et notre ancien droit, reçue par notre législation moderne, consacrée par l'avis du Conseil d'État du 2 juillet 1907. Nous avons suivi les applications de plus en plus larges et nombreuses qui en ont été faites par notre jurisprudence moderne. Sans doute les tribunaux ne se basent pas toujours sur elle d'une manière expresse ; leurs décisions n'y font souvent qu'une allusion ; parfois même elles la sous-entendent, mais il n'en est pas moins visible qu'elles sont inspirées par la notion d'erreur commune. Logiquement, nous avons considéré comme des conséquences de notre maxime toutes les hypothèses dans lesquelles une situation apparente, de fait, a été déclarée par les arrêts comme équivalente à une situation de droit.

Le domaine de l'adage nous apparaît ainsi assez vaste.

Il ne nous a pas suffi de constater que la règle est opportunément correctrice de la rigueur de certains principes du droit. Nous avons cherché à la justifier en la rattachant à d'autres principes. La théorie de la responsabilité basée sur l'idée de la création d'un risque et celle de l'abus du droit nous ont paru fonder juridiquement la maxime. Sur ce point nous n'avons fait que généraliser la conception de M. Morin.

Nous objecterait-on que nous avons ainsi bien plutôt complété qu'expliqué la règle en question ; qu'en effet nous avons simplement rattaché à la notion de responsabilité et à celle de l'abus du droit des solutions généralement liées à la conception d'erreur commune ? Nous répondrions que la maxime que nous avons étudiée ne peut, en dehors de l'équité, *se justifier* par elle-même, et que, dès lors, il nous a bien fallu faire appel aux principes généraux. La justification d'une règle est faite, logiquement, lorsque celle-ci a été pour ainsi dire insérée dans un système d'idées générales.

En somme, l'idée de morale sociale qui se dégage de cette étude est que l'individu est obligé envers la société à ne pas gêner le crédit, ce dernier mot étant pris dans sa plus large acception et comme synonyme de la confiance qui doit, psychologiquement et juri-

diquement, présider aux relations des hommes. Or le particulier qui crée ou laisse se perpétuer, d'une manière quelconque, une situation apparente induisant les tiers en erreur, n'est plus recevable à invoquer la nullité légale des actes résultant d'une semblable situation, parce qu'il a, soit volontairement, soit involontairement, gêné le crédit.

Il serait, à notre avis, assez téméraire d'établir, comme l'a fait M. Morin, une connexion entre les applications nouvelles de la maxime *Error communis* et ce qu'on a appelé le développement du droit collectif. Les applications dont il s'agit apparaîtraient ainsi comme une réaction contre l'individualisme. Cette idéologie nous semble très sujette à caution. En réalité, les droits ont toujours été essentiellement conçus comme relatifs, c'est-à-dire qu'on ne les a jamais regardés comme des fins en soi développant leurs conséquences inflexibles sans qu'il y ait lieu de s'inquiéter de leurs effets sociaux. La meilleure preuve en est la règle *Error communis* elle-même que nous avons vue appliquée à toutes les périodes de l'histoire du droit. Les règles juridiques n'ont, à aucune époque, été considérées autrement que comme des produits sociaux, dont le but est social, et dont les conséquences doivent être déterminées en considération de la réalité et de l'utilité sociales. C'est parce qu'il a été pénétré de cet esprit, et non pas

parce qu'il a présenté de brillantes qualités de dialectique, que le droit romain a mérité d'être appelé la raison écrite.

L'idée philosophique que nous indiquions tout à l'heure a été constante dans l'évolution du droit. Elle ne disparaîtra pas. Peu importe qu'on continue ou non, dans les arrêts et dans les discussions doctrinales, à se servir de la formule lapidaire forgée par nos anciens auteurs ; quelle que soit la destinée de la maxime, la règle qu'elle enveloppe persistera comme un élément indispensable de la sécurité des rapports juridiques et de la vie sociale.

Vu : le Président de la thèse

A. COLIN

Vu : le Doyen,

CAUWÈS

Vu et permis d'imprimer :

le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD

